Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen bei gemeinschaftlichen Testamenten.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Johannes Felke,
Gerichtsreferendar in Oppeln.

1929

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau in Schlesien.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Bruck.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Ahammer: Der Widerruf letztwilliger Verfügungen nach § 2255 und § 2256 B.G.B., Diss. 1908, Erlangen.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 3. Band, 1. Abteilung, 2. Auflage, Erlangen 1886.

Brütt: Inwieweit kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Ehegatte, welcher ein korrespektives Testament errichtet hat, noch einseitig Vermächtnisse und Auflagen anordnen? Arch. f. Bg. R. 29, S. 385 ff.

Buchholtz: Altrechtliche gemeinschaftliche Testamente unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Rostock 1908.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band. Jena 1910.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 5. Band 1910.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896.

Dernburg: Bürgerliches Recht, 5. Band. Erbrecht 1911.

Eichhorn-Goldmann: Das Testament 1910.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band, Erbrecht 1919.

Ennecerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 14—16. Aufl. 1923. Erbrecht.

Fischer: Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute. Arch. f. Bürgl. Recht, Band 6, S. 54 ff.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.

Goldmann: Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sogen. Berliner Testaments in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 48, S. 64 ff.

Harrer: Rücktritt und Widerruf beim gebundenen Erblasserwillen. In L.Z. 1924, Sp. 11 ff.

Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. 1860.

Hasse: Vom wechselseitigen Testament. Im rheinischen Museum, 3. Jahrg. Bonn 1829.

Hellmann: Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 39, S. 224 ff.
Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte 1899.
Kagermann: Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testament nach deutschem bürgerlichem Recht. Diss. Erlangen 1913.
Kiß: Zur juristischen Konstruktion der korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testamente. Im Arch. f. Bürgl. Recht, Band 25, S. 178 ff.
Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913.
Kretzschmar: Gemeinschaftliches Testament. In Zeitschr. für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, 10. Jahrg. S. 1 ff.
Küntzel: Strohal's kritische Bemerkungen über das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchot's Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 41, S. 603 ff.
Laue: Verdient die im Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgeschlagene Abschaffung der wechselseitigen Testamente Zustimmung? In den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Band I, Berlin 1899.
Leonhard: Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht, 2. Aufl. 1912.
Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin 1899.
Maercker: Die Nachlaßbehandlung, 19. Aufl. 1917.
Mantey: Darf der überlebende Ehegatte das korrespektive Testament anfechten? In Gruchot's Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 52, S. 384 ff.
Mattes: Das gemeinschaftliche Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Gießen 1902.
Meyer: Das gemeinschaftliche Testament des Bürgerlichen Gesetzbuchs. — Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung 1908.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtl. Ausgabe 1888.
Oswalt: Zum Begriff der korrespektiven Verfügungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1904, S. 135 ff.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts 1907.
Penkmayer: Die Entstehung neuer Pflichtteilsrechte nach Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. — Kann der überlebende Ehegatte nach § 2079 B.G.B. anfechten? Diss. 1910, Heidelberg.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erbrecht, 3. Aufl. 1908.
Proske: Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage. Diss. 1905, Breslau.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Band.
Reichel: Lehre vom gemeinschaftlichen Testament (2. Rechtsgutachten) 1915.
Reichsgerichtsrätekommentar (R.G.Kom.) Erbrecht 1928.
Schmidt: Das gemeinschaftliche Testament. Diss. Göttingen 1902.
Sengteller: Das gemeinschaftliche Testament und der gemeinschaftliche Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt. Diss. 1905, Breslau.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. 1926, Bd. II.
Sonnenfeld: Das Berliner Testament. Diss. 1914, Jena.
Staudinger (Herzfelder): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1928.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 5. Band, 1.—2. Aufl. Berlin 1885.
Stolterfloth: Beiträge zur Beurteilung eines Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1890.
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1904, I. Band.
Tacitus: Germania.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band, 1927.
Werneburg: Die gegenseitgen Verfügungen von Todes wegen in J. d. Not.V. 1916, S. 299 ff.
Wilke: Das Erbrecht 1900.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 3, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Zetzsche: Vertragsähnliches im korrespektiven Testament. Diss. Jena 1905.

Abkürzungen:

D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Z.D.N.V. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
O.L.G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Recht = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
R.G.Z. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Soerg Rspr. = Soergel, Rechtsprechung zum Zivilrecht.
K.G.J. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

I. Allgemeines über das gemeinschaftliche Testament. Begriff, Inhalt, Geschichte, Zulässigkeit und Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments.

Für die Frage des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen bei gemeinschaftlichen Testamenten ist zunächst die Festlegung des Begriffs des gemeinschaftlichen Testaments von Bedeutung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das gemeinschaftliche Testament als eine Unterart des Testaments, indem es ihm den 8. Titel des mit „Testament" überschriebenen dritten Abschnitts seines fünften Buches widmet. Schon in dieser systematischen Stellung kommt die scharfe Trennung von dem im vierten Abschnitt des fünften Buches geregelten Erbvertrage zum Ausdruck.

Begriff:

In seiner grundsätzlichen Abneigung gegen jede Begriffsbestimmung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition des gemeinschaftlichen Testaments. Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs hielten auch eine solche deshalb für überflüssig, weil der Begriff in der gesamten Literatur feststehe und die Meinungen einiger Schriftsteller nur in einzelnen unwesentlichen Punkten auseinandergingen.

Das gemeinschaftliche Testament ist ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, d. h. ein Rechtsgeschäft, welches bestimmt ist, die Rechtsverhältnisse der verfügenden Person für die Zeit nach ihrem Tode zu ordnen,[1] bei welchem der dadurch bezweckte Erfolg den ganzen Umständen nach erst durch den Tod des Verfügenden eine feste Bestimmung und eine entschiedene Dauer erhält. Das gmeinschaftliche Testament enthält, wie schon sein Name sagt, die einseitigen Verfügungen von Todes wegen mehrerer Personen. Es handelt sich um einseitige Rechtsgeschäfte, die nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind, denn eine Empfangsbedürftigkeit wird ebenso wenig erfordert, wie eine gegenseitige zustimmende Erklärung der gemeinsamen verfügenden Personen zu den einzelnen Willenserklärungen. Der Begriff des gemeinschaftlichen Testaments ist eigentlich ein formaler. Das gemeinschaftliche Testament

1) Windscheid, Pand. I § 69.

verbindet die letztwilligen Verfügungen mehrerer Testatoren in einer Testamentsurkunde, es wird also in einem Testament formell über den Nachlaß mehrerer Personen verfügt; materiell liegen allerdings mehrere Testamente vor.[2] Das gemeinschaftliche Testament bildet somit ein interessantes Beispiel für ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, das nicht Vertrag ist. Die Verbindung der letztwilligen Verfügungen ist eine ganz eigenartige. Die verbundenen Verfügungen sind die einseitigen Erklärungen mehrerer Erblasser, das Bindemittel ist die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts. Ein Zusammenschluß der gegenseitigen Erklärungen zu einem Vertrage findet aber trotzdem nicht statt.[3] Hinsichtlich der Gemeinschaftlichkeit der Errichtung ist der Begriff der Gemeinschaftlichkeit dabei derselbe wie bei jedem anderen gemeinschaftlichen Handeln. Zur Gemeinschaftlichkeit der Errichtung gehört somit ein bewußtes Zusammenwirken der Erblasser zu allen für die Errichtung wesentlichen Handlungen dergestalt, daß die darauf beruhende Verbindung der beiden Testamente als ein Testament erscheint.[4],[5]

Inhalt:

Der Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments kann aus Verfügungen bestehen, die ohne jede erkennbare gegenseitige Verbindung neben einander herlaufen (testamentum simultaneum)[6]. Hierbei sind die beiden Testamente nur rein äußerlich in einer Urkunde zusammengefaßt, wodurch lediglich die Gemeinschaftlichkeit zum Ausdruck gebracht wird. In den testamenta reciproca setzen sich die Erblasser entweder gegenseitig als Erben ein oder machen sich sonst irgendwelche Zuwendungen. Bei diesen Testamenten handelt es sich demnach um eine Willensgemeinschaft, welche durch die Personengemeinschaft der Erblasser begründet ist.[7] Die wichtigste Art des gemeinschaftlichen Testaments wird dadurch gekennzeichnet, daß alle oder einzelne Verfügungen der Erblasser von einander abhängig gemacht werden, so daß die Verfügungen des einen nicht für sich allein, sondern nur verbunden mit den Verfügungen des anderen, wirksam sein sollen. Dies sind die sogenannten wechselbezüglichen Verfügungen, über die Näheres im nächsten Abschnitt ausgeführt werden soll.

---

2) Strohal § 43 Nr. I u. Noten 2 ff.; Dernburg Bd. 5 § 89 Nr. 1; Kretzschmar a. a. O. S. 2 und 3; Loewenwald S. 5. Goldmann a. a. O. S. 71.

3) R.G.Z. 50 S. 308; 72, 204 ff.

4) O.L.G. Bd. 35, S. 377, R.G.Z. 87 S. 33.

5) Beachte auch zu der Frage der Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes bei gemeinschaftlichen Testamenten die Ausführungen Werneburgs: „Die gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen“, in Z.D.D. Not. V. 1916 S. 209 ff.

6) Die simultanen Testamente wollen nicht zulassen Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs § 285; Eichhorn: Das Testament S. 152.

7) Frommhold S. 238.

Geschichte:

Ein kurzes Eingehen auf die Geschichte des gemeinschaftlichen Testaments ist zu seiner Würdigung geboten.

Nach dem römischen Recht der klassischen Zeit war ein Testament inhaltlich auf den letzten Willen eines Erblassers beschränkt, da den Römern das Testament als der selbständige Ausdruck des Willens einer Person galt.[8] Es lag für das gemeinschaftliche Testament, das vor allem schließlich nur als gegenseitiger Willensakt für Ehegatten eine Bedeutung haben konnte, keine wirtschaftliche Notwendigkeit vor, da Volksbrauch und zumal die im wesentlichen durchgeführte Gütertrennung unter Ehegatten kein Bedürfnis nach inhaltlicher und danach auch formaler Vereinigung mehrerer Testierakte zeitigten.[9] Allerdings findet sich im corpus is (L 19 C de pact. 2,3) die rechtliche Möglichkeit zugegeben, daß zwei Soldaten in einem Testament gemeinsam testieren können. Diese Regelung wird also eine solche contra rationem iuris, als eine Ausnahmeregelung angesehen. Als solche kann sie aber nicht angesprochen werden, weil die Vorschriften des Soldatentestaments gar nicht dem Zivilrecht unterstanden.[10] Aus der Stelle L 19 C de pact. 2,3 auf eine Allgemeingültigkeit der gemeinschaftlichen Testamente im römischen Rechte zu schließen, wie es unter anderem von Hartmann[11] und Windscheid[12] geschehen ist, dürfte nicht angängig sein. Ein Umstand, worauf die Gegner gerade ihre abweichende Meinung stützen, dürfte sogar für die hier vertretene Ansicht sprechen, indem nämlich eine Konstitution Valentians III. aus dem Jahre 446 (Nov. Valent. tit. XX, 1), die die gegenseitige Erbeinsetzung zweier Ehegatten in einer Testamentsurkunde für zulässig erklärte, von Justinian nicht in den Codex aufgenommen und auch später in Deutschland nicht rezipiert wurde. Es kann daher das gemeinschaftliche Testament keinesfalls als ein römisches Rechtsinstitut bezeichnet werden.

Auch dem älteren germanischen Recht entstammt es nicht, vgl. Tacitus, Germania cap. 20.

„heredes successorresque sui cuiqui liberi et nullum testamentum“[13]).

---

8) Dernburg, Pand. Bd. 5 S. 249.
9) Endemann III, S. 187.
10) Meyer S. 6 Anm. 4.
11) Hartmann, Erbverträge und gemeinschaftl. Testamente, S. 110 ff.
12) Windscheid, Pand. S. 568 N. 2.
13) Siehe auch Buchholtz: Altrechtl. gemeinsch. Testamente S. 3. „Wer will froh und selig sterben, läßt sein Gut den rechten Erben.“

Im deuschen Recht ist vielmehr die Grundlage, auf der sich das gemeinschaftliche Testament in der gemeinschaftlichen Praxis entwickelt hat, zu finden. Im Mittelalter hatte sich in Deutschland, dessen erbrechtlichen Anschauungen die gewillkürte Erbfolge fremd war, dann das Institut der sogen. Vergabungen von Todes wegen in den Formen der donatio reservatio usufuctu und der donatio post obitum[14] entwickelt. Es waren dies Geschäfte unter Lebenden, durch die bezweckt werden sollte, das Vermögen anderen als den gesetzlichen Erben zuzuwenden und den Bedachten vertragsweise die unentziehbare Stellung eines Erben einzuräumen. Mit der Rezeption fand das Testament Eingang in das deutsche Recht, und man ersetzte später die Vergabungen von Todes wegen durch die Form des Testaments. So entwickelten sich die gegenseitigen Testamente im 15. und 16. Jahrhundert in Deutschland. Das gemeinschaftliche Testament ist also hervorgegangen aus der Befruchtung der deutschrechtlichen gegenseitigen Vergabungen von Todes wegen mit der römisch-rechtlichen Auffassung der Erbeinsetzung durch einseitige Verfügungen in Form des Testaments. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte im § 1913 die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments schlechthin für unzulässig erklärt, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß es ein durch eine abwegige Rechtsentwickelung geschaffenes Institut sei, das durch seine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts viele Zweifel und Rechtsstreitigkeiten erzeugt und überdies im Erbvertrag ausreichenden Ersatz finde.[15] Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß das gemeinschaftliche Testament in der Tat zu vielen Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten Veranlassung gegeben hat, so hatte es doch trotz der vielen Schwierigkeiten, die es bot, eine große Anwendung gefunden. Der § 1913 des I. Entwurfs hatte daher eine lebhafte Kritik und großen Widerspruch erfahren, u. a. hat sich auch der 20. Deutsche Juristentag für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments ausgesprochen.[16] Vor allem war der Vorzug bezüglich der privatschriftlichen Errichtungsform gegenüber dem Erbvertrag, der dem Beurkundungszwang unterliegt, für die Allgemeinheit, besonders für die große Masse der mittleren Volksschichten und seine Beliebtheit in diesen Kreisen Grund dafür gewesen, daß der Entwurf II das gemeinschaftliche Testament in der zum Gesetz gewordenen Form aufnahm.

14) Meyer S. 9.
15) Motive Bd. V z. Entwurf I S. 253 ff.
16) Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages Bd. I S. 13 ff.

Zulässigkeit:

Das Bürgerliche Gesetzbuch[17] läßt das gemeinschaftliche Testament in § 2265 nur für Ehegatten zu. Dieser endgültig Gesetz gewordene Standpunkt der II. Kommission entspricht der deutschen Rechtsanschauung. Während im römischen Recht die Gütermassen während der ganzen Dauer der Ehe streng voneinander gesondert blieben, daher auch mangels einer Grundlage eines einheitlichen Vermögens beider Ehegatten für ein gemeinschaftliches Testieren kein Anlaß war, wird das deutsche Eherecht von dem Grundsatz der Gütergemeinschaft beherrscht. Dem entspricht es, daß die Ehegatten, ebenso wie sie bei Lebzeiten alle wichtigen Angelegenheiten im beiderseitigen Einverständnisse erledigen, so auch für den Todesfall ihre Verhältnisse durch gemeinschaftliche Verhältnisse regeln wollen.[18] Allen anderen Personen ist das gemeinschaftliche Testament verschlossen. Errichten sie ein gemeinschaftliches Testament, so ist dieses als solches nichtig, unbeschadet natürlich der Möglichkeit, daß sich in dem gemeinschaftlichen Testament von der Gemeinschaftlichkeit loslösbare Verfügungen befinden, die allen an ein einfaches Testament gestellten Anforderungen entsprechen und deren Gültigkeit daher, falls anzunehmen ist, daß der Erblasser seine Bestimmungen als Einzeltestament hat aufrecht erhalten wissen wollen (§ 140 B.G.B.), nichts im Wege steht.[19] Selbst Verlobte können gemeinschaftlich nur in der Form des Erbvertrages testieren. Die klare Fassung des § 2265 B.G.B. läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß etwa ein von Verlobten errichtetes Testament durch spätere Eheschließung der Testierenden Wirksamkeit erlangt.[20] Ein solches gemeinschaftliches Testament ist und bleibt unwirksam, denn § 2265 B.G.B. sagt ausdrücklich, ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten „errichtet“ werden. Die betreffenden Personen müssen somit zur Zeit der Errichtung bereits Ehegatten sein, daß sie es später werden, ist für die Rechtsgültigkeit des vor der Eheschließung errichteten vermeintlichen gemeinschaftlichen Testaments belanglos.[21]

17) Die modernen Gesetzgebungen verhalten sich dem gemeinschaftlichen Testament gegenüber sehr verschieden. Keinen Platz hat es im Code civil Art. 968, 1097; unbeschränkt gilt es im Sächs. Bürgerl. Gesetzbuch §§ 2196 ff., 2214; beschränkt auf Ehegatten ist es im Oesterr. Bürgerl. Gesetzbuch § 1248 und im Preuß. Landrecht I, 12 §§ 614 ff. und II, 1, §§ 482 ff.

18) vgl. Denkschrift z. Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs S. 281.

19) Meyer S. 19 Anm. 1.

20) Prot. Bd. V S. 427.

21) Herzfelder § 2265.

Errichtung:

Für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments kommen die allgemeinen für die Errichtung von Testamenten bestehenden Vorschriften zur Anwendung, wobei freilich stets darauf zu achten ist, daß die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts gewahrt sein muß. Es liegt z. B. Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes nicht vor, wenn ein Ehegatte ein eigenhändig geschriebenes Privattestament, der andere ein öffentliches Testament errichtet. Muß also ein Ehegatte, weil er Geschriebenes nicht zu lesen vermag, oder die Ehefrau, weil sie minderjährig ist, in der Form des öffentlichen Testaments testieren, so muß auch der andere Ehegatte mit Rücksicht auf die zu fordernde Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts diese Testamentsform wählen. Wohl aber sieht man das Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts für gegeben an, wenn beide Ehegatten in der Form des öffentlichen Testaments und zwar der eine mündlich zu Protokoll, der andere durch Ueberreichung einer Schrift testieren, vorausgesetzt, daß nicht durch § 2247 B.G.B. die Errichtung eines eigenhändigen Testaments ausgeschlossen ist.[22] Da alle Bestimmungen über Errichtung von Testamenten auch auf das gemeinschaftliche Testament Anwendung finden, so kann ein solches auch in den außerordentlichen Formen der §§ 2249, 2250, 2251 B.G.B. errichtet werden. Für den Fall des § 2249 B.G.B., daß zu besorgen ist, der Erblasser werde früher sterben, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar möglich ist, bestimmt § 2266 B.G.B., daß das gemeinschaftliche Testament auch dann schon in der erleichterten Form vor dem Gemeindevorsteher bezw. Verbands- oder Bezirksvorsteher errichtet werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 2249 B.G.B. nur auf Seiten eines Ehegatten vorliegen. Eine weitere Erleichterung sieht § 2267 B.G.B. für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in holographischer Form gemäß § 2231 Nr. 2 B.G.B. vor. In diesem Falle genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die eigenhändig geschriebene Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle, und diese Erklärung unter eigenhändiger Angabe von Ort und Datum unterschreibt. Strohal[23] muß beigestimmt werden, wenn er betont, daß § 2267 B.G.B. nur das Mindestmaß der an das gemeinschaftliche Testament in eigenhändiger Form

22) Herzfelder § 2265 Nr. 3; Strohal § 43 Nr. 8, 9 und 10.
23) Strohal § 43 II, 2.

gestellten Anforderungen festlegt, denn § 2267 B.G.B. sagt ausdrücklich, „genügt es" und gibt dadurch zu erkennen, daß die vollständige Form nicht ausgeschlossen sein soll. Den Bedenken, die von gegnerischer Seite gegen die Auffassung geltend gemacht werden, daß dann nämlich nicht ein, sondern zwei Testamente vorlägen, kann nicht beigepflichtet werden.[24] Freilich muß es hier, wie überall, als Haupterfordernis verlangt werden, daß die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes gewahrt bleibt. Diese ist aber vorhanden, wenn jeder der Ehegatten den Inhalt des Testaments eigenhändig schreibt und beide Erklärungen von beiden Ehegatten unter Beifügung von Ort und Datum unterschrieben werden. Selbst dann, wenn jeder Ehegatte nur sein Testament unterschreibt, muß ein gemeinschaftliches Testament als vorliegend angesehen werden, wenn sich die Gemeinschaftlichkeit aus der Einheit der Urkunde und dem Inhalt der Testamente ergibt.[25]

II. Wechselbezüglichkeit der Verfügungen.

Begriff:

Im Bürgerlichen Gesetzbuch wird unter dem Titel „Gemeinschaftliches Testament" in § 2271 B.G.B. nur der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen geregelt. Aus der besonderen Vorschrift des § 2270 B.G.B. geht hervor, daß für den Widerruf nicht wechselbezüglicher Verfügungen die allgemeinen Vorschriften für den Widerruf letztwilliger Verfügungen (§§ 2253 ff. B.G.B.) zur Anwendung kommen müssen. Um im einzelnen Falle festzustellen, ob ein gemeinschaftliches Testament hinsichtlich des Widerrufs seiner Verfügungen der besonderen Vorschrift des § 2271 B.G.B. oder den allgemeinen Regeln der §§ 2253 ff. B.G.B. unterworfen ist, ist zu untersuchen, was wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des § 2270 B.G.B. sind. Es ist daher zunächst der Begriff der Wechselbezüglichkeit von vornherein festzulegen.

Wie schon äußerlich durch die Stellung der Vorschriften im Gesetz zum Ausdruck gebracht ist, stellt sich das wechselbezügliche Testament als eine Unterart des gemeinschaftlichen Testaments dar. Der Unterschied von diesem besteht lediglich darin, daß von den Eheleuten nicht nur ein äußerer, sondern auch ein innerer Zusammenhang ihrer gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen gewollt ist. Die Ehegatten werden regelmäßig im gemeinschaftlichen

---

24) Loewenwald S. 85.
25) Herzfelder § 2267 Anm. 2; Planck § 2267 Bem. 6; Eichhorn-Goldmann S. 85.

Testament erst Verfügungen treffen, nachdem sie sich vorher über ihren beiderseitigen Willen klar geworden sind, und es wird daher anzunehmen sein, daß sie auf Grund ihres gegenseitigen Einverständnisses ihre Verfügungen, wenn auch nicht alle, so jedoch jedenfalls die Mehrzahl oder wenigstens die eine oder die andere getroffen haben. Solche Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß der eine Ehegatte sie getroffen hat, weil der andere eine entsprechende getroffen hat, werden wechselbezügliche genannt. Die Eigentümlichkeit besteht hier nun darin, daß die beiderseitigen Verfügungen in einem gewissen inneren Zusammenhang stehen in dem Sinne, daß jeder der beiden Ehegatten eine auf seine Willensentschließung beruhende Anordnung getroffen hat, die ohne die Verfügung des anderen nicht gewollt sein würde, oder anders ausgedrückt, daß jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen ist und nach dem Willen der Erblasser mit ihr stehen oder fallen solle.[1] Das ist das Charakteristische an den wechselbezüglichen Testamenten. Die sonstigen Erfordernisse, die man von verschiedenen Seiten willkürlich aufgestellt hat, sind zu verwerfen. So wollen z. B. viele bei Nichtvorliegen gegenseitiger Erbeinsetzung Wechselbezüglichkeit der Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments nicht annehmen. Auch ohne eine solche Erbeinsetzung ist doch ein Abhängigkeitsverhältnis der Verfügungen denkbar. Oder sollten vielleicht für den Fall, daß die Testatoren sich beispielsweise gegenseitig den Nießbrauch an ihrem Vermögen in einem gemeinschaftlichen Testament letztwillig zuwenden, die Voraussetzungen für die Wechselbezüglichkeit dieser Verfügungen nicht gegeben sein? Die Literatur und Praxis des gemeinen Rechts verlangte durchweg, daß Inhalt wechselbezüglicher Verfügungen ein „Sich-Bedenken“[2] sei. Im preuß. Recht haben sich Literatur und Praxis dagegen vorwiegend auf den Standpunkt gestellt, daß eine gegenseitige Erbeinsetzung, respektive ein „Sich-Bedenken“ notwendigerweise nicht zum Begriff der Wechselbezüglichkeit gehört.

Die Streitfragen haben durch das Bürgerliche Gesetzbuch ihre Erledigung gefunden, indem es im § 2270 Abs. 1 B.G.B. das Wesen der wechselbezüglichen Verfügungen mit den Worten bezeichnet: „Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde ...“

1) R.G.Z. 116, 149.
2) Loewenwald a. a. O. S. 20.

Aus dieser Fassung des Gesetzes geht eindeutig und klar hervor, daß im Rahmen des Abs. 3 des § 2270 B.G.B., auf den unten noch näher eingegangen werden wird, inhaltlich alles zum Gegenstand wechselbezüglicher Verfügungen gemacht werden kann, und es nur auf den Willen der testierenden Ehegatten ankommt, ob im gegebenen Falle Wechselbezüglichkeit der Verfügungen vorliegt oder nicht.[3]

Richtiger wäre es übrigens, statt von wechselbezüglichen Testamenten, von Testamenten mit wechselbezüglichen Verfügungen zu reden, da nicht notwendig alle in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten in diesem engen Abhängigkeitsverhältnis zu stehen brauchen, sondern es genügt, wenn dies nur bezüglich einzelner der Fall ist.[4] Jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch selber bezeichnet jede Erbeinsetzung und jede Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage als „Testament" (§§ 1937, 1939, 1940 B.G.B.). Es kann daher der übliche Sprachgebrauch beibehalten werden, nur muß man sich vor dem Mißverständnis hüten, als seien stets alle in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen — das Testament in diesem Sinne — wechselbezüglich.[5]

Konstruktion:

Ueber die Konstruktion der Wechselbezüglichkeit herrscht seit jeher lebhafter Streit in der Literatur. Es ist deshalb im Gesetz dafür absichtlich ein farbloser Ausdruck gewählt:

„... daß die Verfügungen des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde".

Man hat die verschiedensten Wege eingeschlagen, um zu einer Konstruktion zu gelangen.

In der 2. Lesung des Entwurfes war sich die Kommission einig darüber, daß das Verhältnis der Wechselbezüglichkeit einen Zusammenhang der beiderseitigen Verfügungen erfordere, welcher nicht der einer wechselseitigen Bedingtheit, auch nicht der einer vertragsmäßigen Gegenleistung sei, der vielmehr darauf beruhe, daß jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen sei und nach dem Willen der Erblasser mit ihr stehen oder fallen solle. Man glaubte, den wissenschaftlich prägnantesten, wenngleich im Gesetz nicht verwendbaren Ausdruck für dieses Verhältnis in den Worten zu finden, daß zwischen den beiden Ver-

3) Herzfelder §§ 2270/71 Bem. I.
4) J.W. 1927 S. 1205.
5) Meyer § 5 Anm. 1; Schmidt a. a. O. S. 10.

fügungen ein „Zusammenhang des Motivs“ bestehen müsse.[6] Damit wollte die 2. Kommission keineswegs eine bestimmte juristische Konstruktion im Gesetz festlegen, verwarf jedoch die beiden für das bisherige Recht ausgesprochenen Ansichten, nach denen die eine die Wirkungen der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen aus einer wechselseitigen Bedingtheit der Verfügungen ableitet, die andere eine Erklärung in der analogen Anwendung über gegenseitige Verträge findet. Die Kommission hat somit der wissenschaftlichen Konstruktion freie Hand gelassen, es jedoch nicht zu verhindern vermocht, daß auch von namhafter Seite die alten, von ihr verworfenen Konstruktionen auch für das Bürgerliche Gesetzbuch für anwendbar erklärt wurden.

Es wird auch jetzt noch am meisten die Ansicht vertreten, daß das Verhältnis der Wechselbezüglichkeit auf einem gegenseitigen Bedingungsverhältnis beruhe.

So verwirft Dernburg[7] die Konstruktion „des Zusammenhangs des Motivs“, da nach seiner Meinung aus der Unrichtigkeit des Motivs höchstens eine Anfechtbarkeit der Gegenzuwendung hergeleitet werden könnte, nicht aber die Unwirksamkeit nach § 2270 Abs. 1 B.G.B. Der Sinn des Gesetzes gehe dahin, daß die Geltung der Anordnung des einen Teiles eine Daseinsbedingung für die Wirksamkeit der Anordnung des anderen Teiles sei. Es liege folglich gegenseitige Bedingtheit vor.[8] Unbeachtlich sei hierbei, daß einzelne Folgen besonders geordnet seien und nicht schlechthin nach den allgemeinen Grundsätzen der Bedingungen beurteilt würden. Dies könne an der Grundauffassung nichts ändern. Bei dieser Ansicht ist schon vom Standpunkt der Bedingung aus unrichtig, daß die rechtliche Existenz der einen Verfügung abhängig gemacht ist von der Suspensivbedingung der Wirksamkeit der anderen Verfügung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, welches besagt, daß „die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge habe“, stünde vielmehr die Rechtswirksamkeit der einen Verfügung unter der Resolutivbedingung des Unwirksamwerdens der anderen.[9] Ebenso sieht Mattes[10] die Verfügungen des einen Ehegatten durch das Wirksambleiben der Verfügungen des anderen Ehegatten bedingt an. Nach Brütt[11]

---

6) Prot. Bd. V S. 450.
7) Dernburg Bd. V S. 92 Nr. II.
8) Ueber den Unterschied der wechselbezügl. Verfügungen von den gegenseitig bedingten Verfg. vergl. Meyer S. 41 Anm. 3.
9) Zetzsche S. 34.
10) Mattes S. 28.
11) Brütt a. a. O. S. 389.

geht der mutmaßliche Wille der Ehegatten dahin, daß jeder seine Verfügung unter der stillschweigenden Bedingung trifft, daß der andere Teil bei seinen Anordnungen verbleibt. Loewenwald[12] geht von der Ansicht aus, daß die letzte Grundlage aller wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten die Willensübereinstimmung, der Konsens, der Testatoren sei, und daß die einzige Form, in der die Uebereinstimmung mit der Folge, daß die wechselbezüglichen Verfügungen mit einander stehen und fallen, zutage treten könne, die Bedingung sei. Aus der Verbindung von Konsens und Bedingung müsse die richtige Konstruktion der Wechselbezüglichkeit hergeleitet werden.[13]

Nach Brinz[14] haben die wechselbezüglichen Verfügungen nicht den Charakter eines bindenden Vertrages, beruhen jedoch auf Uebereinkunft, und es müsse daher ihr einseitiger Widerruf gleich dem der Sozietät als Bruch und Auflösung der Gemeinschaft in allen ihren Folgen betrachtet werden. Es habe daher der Widerruf des einen Testaments den Zusammenfall des anderen zur Folge. Aehnlich konstruiert Endemann[15]. Er findet darin keine Erklärung, wenn in den Protokollen auf den Zusammenhang des Motivs verwiesen wird. Ein solcher sei bei den bloß reziproken Verfügungen auch vorhanden. Das gemeinschaftliche Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen trete nahe an eine vertragsmäßige Vereinbarung heran, und hierin sei der wahre Grund für die wechselseitige Abhängigkeit der Verfügungen zu finden. Das wechselbezügliche Testament sei eine abgeschwächte Art des Erbvertrages. Damit rechtfertige es sich auch, daß die unzulänglichen Gesetzesvorschriften über dieses Testament aus dem Normenbestande des Erbvertrages ergänzt würden.[16] Die von Brinz und Endemann vertretenen Konstruktionen leiden an einem Mangel. Sie legen nämlich zu viel Gewicht auf das vertragliche Element. Demgegenüber muß streng an dem einseitig selbständigen Charakter der durch die Wechselbezüglichkeit verbundenen Verfügungen festgehalten werden, auf den jenes Vertragselement nur insoweit einen Einfluß auszuüben imstande ist, als durch das Abhängigkeitsverhältnis die Wirksamkeit der beiderseitigen Verfügungen gebunden ist. Eine weitergehende Wirkung darf jenem Vertragselement nicht zugeschrieben werden.

---

12) Loewenwald a. a. O. S. 55.
13) siehe dazu die Ausführungen Mattes a. a. O. S. 27, 28.
14) Brinz, Lehrbuch der Pandekten Bd. 3 Abt. 1 § 370.
15) Endemann 1919 S. 489.
16) vgl. auch Proske S. 8 und 44; Leonhard S. 425; Hellwig S. 598.

Nach Windscheid[17] ist jede wechselbezügliche Verfügung unter der Voraussetzung getroffen, daß die des anderen Teils ihren Bestand behalte oder, wenn sie ihn verloren habe, wiedergewinne. Windscheid kommt daher zu dem Ergebnis, daß durch das Wegfallen der Anordnung des einen Teiles die des anderen nicht ipso iure ihre Gültigkeit verliert, sondern daß sie erst durch besondere Zurücknahme unwirksam wird. Dies widerspricht dem Wesen der Wechselbezüglichkeit. Es kann vorkommen, daß nach Aufhebung der Verfügung des einen Erblassers der andere zur Rücknahme seiner Anordnung dauernd außerstande ist, z. B. wenn dieser in Geisteskrankheit verfällt. Nach der von Windscheid vertretenen Konstruktion könnten durch die bestehen gebliebene Verfügung Personen bedacht werden, denen nach dem Willen des Erblassers nur für den Fall des Bestandes der aufgehobenen Anordnung etwas zugewendet werden sollte. Die Konstruktion der Voraussetzung steht auch mit § 2270 Abs. 1 B.G.B. in Widerspruch, da sie nie das nach dieser Gesetzesbestimmung ipso iure eintretende Zusammenfallen der Verfügungen erklären könne.

Kiß[18] sieht im Falle der wechselbezüglichen Verfügung des § 2269 B.G.B. eine Gesamtdisposition über die beiderseitigen Nachlässe als Gesamtmasse als vorliegend an und kommt zu dem Schluß, daß hier nicht nur ein rein äußerlicher Zusammenhang, sondern vielmehr eine innerliche Einheit der Verfügungen gegeben sei. Die geschichtliche Entwickelung des Instituts lehre, daß die historische Grundidee des gemeinschaftlichen Testaments, wie oben ausgeführt, die eheliche Gemeinschaft sei. Die Ehegatten betrachten es vermöge der unter ihnen bestehenden innigen Lebensgemeinschaft als eine gemeinsame Aufgabe, über das dereinst in der Hand des Ueberlebenden vereinigte Vermögen letztwillig zu verfügen. Diese Verfügungen treffen sie, wie das Bayr. Landrecht (II, § 11 Nr. 5) sehr charakteristisch und richtig sage, „gleichsam aus einem Mund und Willen“ mit gesamter Hand und zu gemeinsamem Zweck. Das Nachlaßvermögen müsse daher hier materiell einheitlich behandelt werden. Da diese wechselbezüglichen Verfügungen auf eine einheitliche Rechtswirkung zielen, wo die Testatoren nebeneinander stehen und handeln eben zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes, so sei es offenbar, daß eine jede im Sinne des § 2269 B.G.B. getroffene wechselbezügliche Verfügung ein Gesamtakt sei.[19] Wenn nun die Erforder-

17) Windscheid-Kipp, Pand. III § 568 Anm. 5.
18) Kiß a. a. O. S. 178 ff.
19) Ueber den Begriff siehe Kuntze: „Der Gesamtakt ein neuer Rechtsbegriff“ in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. O. Müller S. 30 ff.

nisse des Gesamtaktes angewendet werden, so stehe fest, daß die Parteigenossen (Mittestatoren) zusammen eine Partei bildeten, folglich das von ihnen hervorgebrachte Rechtsgeschäft auch materiell einheitlich sei. Die wechselbezüglichen Verfügungen bildeten daher auch materiell ein Testament. Wenn aber die wechselbezüglichen Verfügungen materiell auch ein Testament bildeten, so seien sie so zu behandeln, wie die miteinander eng zusammenhängenden Dispositionen eines Testaments. Die Unwirksamkeit einer von mehreren, in einem Testament enthaltenen Verfügungen habe nach § 2085 B.G.B. die Unwirksamkeit der übrigen zur Folge, wenn anzunehmen sei, daß der Erblasser diese ohne die unwirksamen Verfügungen nicht getroffen haben würde. Das Gesetz schreibt vor, daß die Wechselwirkung nur bei in Zusammenhang stehenden Verfügungen bestehe. Dies sei aber der Fall bei einer jeden wechselbezüglichen Verfügung. Die Verfügung des einen wäre ohne die des anderen nicht getroffen. Die Bestimmung des § 2270 Abs. 1 B.G.B. sei also eine notwendige Folge der hier aufgestellten Grundsätze. Der § 2270 B.G.B. entspreche vollends der Bestimmung des § 2085 B.G.B. für die wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten.

Wenn auch die Konstruktion von Kiß etwas Bestechendes an sich hat, so ist es doch nicht gelungen, mit der Theorie des Gesamtakts dem Wesen der Wechselbezüglichkeit beizukommen. Kiß hat bei seiner Konstruktion nicht beachtet, daß seine Theorie mit dem Erfordernisse des persönlichen Testierens im Widerspruch steht, ohne indessen überzeugende Gründe für die Möglichkeit des Außerachtlassens jenes wichtigsten Grundsatzes anzuführen.[20]

U. E. ist es am richtigsten und treffendsten, der von der II. Kommission vertretenen Ansicht beizupflichten, die zwischen den wechselbezüglichen Verfügungen einen gewissen Zusammenhang des Motivs findet.[21] Dieser findet darin seinen Ausdruck, daß die Ehegatten ein Abhängigkeitsverhältnis ihrer Verfügungen wollen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, geleitet von dem inneren Gedanken, daß die Verfügungen des einen nur mit denen des anderen stehen und fallen sollen.[22] Nach allgemeinen Rechtsregeln sind die den Abschluß eines Rechtsgeschäfts bestimmenden Motive in der Regel ohne rechtliche Bedeutung, sie können bei einem Rechtsgeschäft juristisch nur berücksichtigt werden, wenn sie nach außen

20) Planck § 2270 Anm. 2, findet es nicht notwendig, auf die Konstruktionsfrage näher einzugehen, da das Wesen und die Wirkung der Wechselbezüglichkeit im Gesetz einen klaren Ausdruck gefunden habe.
21) Strohal § 43 N. 22 a; Goldmann a. a. O. S. 84
22) R.G.Z. 116, 149.

in einer bestimmten Form in Erscheinung treten, z. B. mittels einer Bedingung zum wesentlichen Bestandteil des Geschäfts erhoben werden. Die Eheleute müßten also eigentlich bei Errichtung eines Testaments mit wechselbezüglichen Verfügungen die Wirksamkeit ihrer Verfügungen gegenseitig voneinander abhängig machen, indem jeder Ehegatte die Wirksamkeit der Verfügungen des anderen Ehegatten ausdrücklich als Bedingung aufstellt. Dies wird aber in den meisten Fällen nicht geschehen. Es würde also das höchstens aus den begleitenden Umständen zu entnehmende, nur im Motiv vorhandene Abhängigkeitsverhältnis von Rechts wegen unbeachtlich bleiben. Der Gesetzgeber aber hat die Macht, auch solchen inneren Gedanken rechtliche Beachtung zu verschaffen, indem er sie zu besonders rechtlicher Bedeutung erhebt und mit besonderen rechtlichen Wirkungen ausstattet, wie dies im § 2270 B.G.B. geschehen ist. Kraft positiver Gesetzesbestimmung sollen die von einander abhängigen Verfügungen zufolge des ihnen innewohnenden Gedankens, daß die Anordnungen des einen Ehegatten nur bestehen bleiben sollen, wenn auch die des anderen aufrecht erhalten bleiben, von selbst also unmittelbar die im § 2270 B.G.B. statuierten Wirkungen äußern. Diese vom Gesetz festgelegte ipso-iure-Unwirksamkeit von wechselbezüglichen Verfügungen im Falle des Widerrufs oder der Nichtigkeit anderer Verfügungen, dieses eigenartige Abhängigkeitsverhältnis findet auch u. E. die beste Erklärung darin, daß man sagt: „Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis ist seiner Natur nach kein wechselseitig bedingtes, sondern das Gesetz behandelt die wechselseitigen Verfügungen, als ob sie bedingt wären und zwar unter Voraussetzungen, die sonst zur Annahme wirklicher Bedingtheit nicht genügen, indem das Gesetz ausnahmsweise dem Beweggrund eine besondere rechtliche Bedeutung verliehen und mit den Rechtswirkungen eines unter einer Bedingung stehenden Rechtsgeschäftes ausgestattet hat.[23]

Im allgemeinen ist die rechtliche Konstruktion der Wechselbezüglichkeit für die Wissenschaft ungleich wichtiger und bedeutender, als für die Rechtsprechung in der Praxis; denn es können bei den in klaren Worten ausgesprochenen Vorschriften des § 2270 B.G.B. Zweifel für das Vorliegen und die Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses wohl nur schwerlich entstehen, zumal da im Abs. 2 des § 2270 B.G.B. eine spezielle Bestimmung für das Vorliegen der Wechselbezüglichkeit gegeben ist.

23) So auch Strohal § 43, N. 22; Kretzschmar, S. 315.

Vorliegen der Wechselbezüglichkeit:

Eine allgemeine Regel dafür, wann ein gemeinschaftliches Testament wechselbezügliche Verfügungen enthält, läßt sich nicht aufstellen. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob von den Eheleuten gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen gewollt ist oder nicht[24]. Das den Begriff der Wechselbezüglichkeit ausmachende wechselseitige Abhängigkeitsverhältnis kann zunächst ausdrücklich hervorgehoben werden. Dies kann in der Form der Bedingung geschehen, indem jeder Ehegatte ausdrücklich sagt, sein letzter Wille solle nur aufrecht erhalten bleiben, wenn der andere Bestand erhalte; es kann in der Weise geschehen, daß jeder ausdrücklich erklärt, er hätte nur so verfügt, weil der andere andererseits so testiert hätte, oder durch die Bestimmung, es sollen die beiderseitigen Verfügungen miteinander stehen und fallen. In solchen Fällen kann ein Zweifel über das Vorliegen von Wechselbezüglichkeit nicht entstehen. Von vielen ist nun behauptet worden, daß eine solche ausdrückliche Erklärung dieser Art für die Wechselbezüglichkeit notwendig sei.[25] Dem ist nicht beizupflichten. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine Ausnahme von der allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Regel, daß der Wille ebensogut, wie er ausdrücklich geäußert wird, auch aus anderen Umständen[26] geschlossen werden kann, hier gemacht werden soll. Zur Erleichterung der Auslegung in solchen Fällen, wo sich ein bestimmter Wille der testierenden Ehegatten nicht ermitteln läßt, bestimmt das Gesetz in § 2270 Abs. 2 B.G.B., daß Wechselbezüglichkeit im Zweifel anzunehmen ist, wenn

1. die Ehegatten sich gegenseitig bedenken,
2. dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten von diesem eine Vergütung zugunsten eines Dritten getroffen wird, der mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.[27]

Da diese Bestimmung, wie schon aus dem Wortlaut des Gesetzes „im Zweifel“ hervorgeht, nur eine Auslegungsregel[28], keine

24) Die Entscheidung darüber, ob ein gemeinschaftliches Testament wechselbezüglich ist, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. R.G. im Recht 1915 Nr. 571.

25) Loewenwald S. 23 ff.

26) Für die Willenserforschung, ob Wechselbezüglichkeit vorliegt, kommen auch Umstände außerhalb des Testaments in Betracht, so frühere oder spätere Aeußerungen der Erblasser und ihre beiderseitigen Vermögensverhältnisse. (Jur. Rundsch. 1927, Nr. 809; R.G.Z. 116, 50.)

27) Aehnlich schon im gem. Recht; vgl. Fischer a. a. O. S. 74 ff. und im Sächs. Recht, ebenso im A.L.R. § 493.

28) Für Auslegungsregel; R.G.Komm. S. 321; Herzfelder § 2270/71 Bem. I; Loewenwald a. a. O. S. 31. J.W. 1927, 1205, O.L.G. 37, 262. Gegen Auslegungsregel: Denkschrift S 297; Prot. Bd V S. 458; Cosack II S. 698; Wilke § 2270 Bem. 1.

Rechtsvermutung sein soll, so brauchen beide im Gesetz angeführten Fälle nicht immer wechselbezügliche Verfügungen zu sein. Sie sind es dann nicht, falls sich aus den Umständen ergibt, daß die gegenseitige Abhängigkeit nicht gewollt ist. Andererseits sind sie nicht die einzigen Fälle, bei denen Wechselbezüglichkeit anzunehmen ist. Diese kann vielmehr nach dem zum Ausdruck gebrachten oder zu vermutenden Willen der Testatoren z. B. auch dann vorliegen, wenn die Ehegatten nicht sich, sondern ihre gegenseitigen Verwandten bedenken. Für den Fall 2 der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 B.G.B. nahm die Denkschrift[29] an, daß die Verfügung zugunsten des Dritten nur von demjenigen Ehegatten getroffen werde, welcher auch den überlebenden Ehegatten mit einer Zuwendung bedenkt, also von dem erstversterbenden Teil.[30] Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen. Es würde nämlich nach dieser Auffassung an der ersten begrifflichen Voraussetzung der Wechselbezüglichkeit fehlen, nämlich daran, daß von jedem der Ehegatten eine Verfügung getroffen ist; denn nur dort, wo sich die Verfügungen beider Ehegatten gegenüberstehen, kann überhaupt von Wechselbezüglichkeit die Rede sein. Es muß daher die Verfügung zugunsten des Dritten von dem bedachten Ehegatten getroffen sein, der länger als der andere Ehegatte zu leben glaubt, denn nur in diesem Falle stehen sich Verfügungen beider Ehegatten wechselbezüglich gegenüber.[31]

Wie sind nun die sogenannten einseitig wechselbezüglichen Verfügungen zu behandeln, bei denen die Wechselbezüglichkeit zwar hinsichtlich der Verfügung des einen Ehegatten gegenüber der des anderen Ehegatten besteht, aber nicht umgekehrt? Diese Frage ist sehr umstritten.[32] Cosack, Planck, Herzfelder, Dernburg und Ebecke wenden die §§ 2270, 2271 B.G.B. auf einseitig wechselbezügliche Verfügungen direkt an, ihnen sind diese einseitig wechselbezüglichen Verfügungen wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des Gesetzes. Diese Ansicht, der wir nicht beipflichten können, wird schon durch den klaren Wortlaut des Gesetzes in § 2270 Abs. 1 widerlegt, indem es dort heißt:

> „Haben die Ehegatten Verfügungen getroffen, von d e n e n anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde usw."

29) Denkschrift S. 297.
30) Aehnlich Frommhold Anm. 2 b; Eichhorn S. 187.
31) R.G.Kom. S. 322; Strohal § 43 unter IV; Planck z. § 2270 Anm. 4; Herzfelder zu §§ 2270/71 Anm. 1; Goldmann S. 86 ff.; Meyer S. 42.
32) Cosack § 3 60 unter IV 3 b; Planck Anm. 2 zu § 2270; Herzfelder Anm. 1 zu §§ 2270/71; Dernburg § 89 unter I, 3; Ebecke im Recht 1923, 84.

Unter den Begriff der wechselbezüglichen Verfügungen im Sinne der §§ 2270/71 B.G.B. fallen also die einseitig wechselbezüglichen Verfügungen zweifellos nicht, da der Wortlaut des § 2270 Abs. 1 B.G.B. eindeutig zweiseitige Wechselbezüglichkeit voraussetzt. Auch die Frage, ob eine entsprechende Anwendung der §§ 2270/71 B.G.B. auf die einseitigen wechselbezüglichen Verfügungen zulässig ist, wird, da jene Vorschriften den Charakter von Ausnahmevorschriften tragen, zu verneinen sein. Es wird daher in den Fällen einseitiger Wechselbezüglichkeit, wenn die Verfügung des einen Ehegatten, ohne die der andere Ehegatte seine Verfügungen nicht getroffen haben würde, nichtig ist, die Verfügung des anderen Ehegatten nicht ipso iuri nichtig sein, sondern allein nach § 2078 Abs. 2 B.G.B. angefochten werden können.[33]

Auf den weniger praktischen Fall, daß beide Ehegatten lediglich Verfügungen zugunsten Dritter getroffen haben, bezieht sich offenbar die Vorschrift des Abs. 2 des § 2270 B.G.B. nicht. Möglich ist natürlich auch hier, daß Wechselbezüglichkeit der Verfügungen vorliegt, dies muß nach der Lage der konkreten Umstände entschieden werden.[34] Es kann z. B. auch eine einheitliche gemeinschaftliche Verfügung beider Ehegatten zugunsten der nämlichen Person unter § 2270 fallen.[35]

Das Gesetz behandelt nicht alle im gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis des § 2270 B.G.B. stehenden letztwilligen Verfügungen als wechselbezüglich, sondern beschränkt die Wirkungen der Wechselbezüglichkeit im Abs. 3 des § 2270 B.G.B. auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen,[36] da regelmäßig nur bei diesen ein so enger Zusammenhang vorliegt, um die Folgen der Wechselbezüglichkeit auf sie auszudehnen. Diese Beschränkung entspricht der für den zulässigen vertragsmäßigen Inhalt eines Erbvertrages geltenden Vorschrift des § 2278 Abs. 2 B.G.B. und ist auch im Anschluß an diese aufgenommen worden.[37] Für andere als im Abs. 3 des § 2270 B.G.B. aufgezählte Verfügungen z. B. die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938), die Entziehung des Pflichtteils (§ 2336 B.G.B.), eine Teilungsanordnung (§ 2048 B.G.B.), die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2197 ff. B.G.B.), die Benennung

---

33) Kretzschmar S. 316 Anm. 31; Strohal § 43 Anm. 28; § 43 a. Anm. '9; Mattes S. 29 ff.; Meyer S. 41 Anm. 2; Getzsche S. 28 Anm. 24; Oswalt D.J.Z. 1904 Seite 755.

34) Planck § 2270 Anm. 4 b; Meyer S. 42 Anm. 6; Strohal S. 327 Anm. 30.

35) R.G.Z. 88, 330; Warn. Rechtspr. 1920 Nr. 18; Reichel 1915 S. 18.

36) Anders im gem. Recht in dem jede Verfg. wechselbezüglich auch in ihren Wirkungen sein konnte.

37) Prot. Bd. 6 S. 397.

eines Vormunds oder sonstige familienrechtliche Anordnungen gelten also die Vorschriften des § 2270 Abs. 1 B.G.B. nicht. Die Wirkungen der Nichtigkeit oder des Widerrufs einer der beiden Verfügungen treten also nicht ein, vielmehr entscheiden, wenn diese Verfügungen nicht ausdrücklich als wechselseitig bedingte getroffen sind, die allgemeinen Grundsätze über die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde (§ 2078 Abs. 3 B.G.B.)

Schließlich wäre noch zu erwähnen, daß Wechselbezüglichkeit begrifflich auch in getrennten Einzeltestamenten möglich ist. Denn es ist natürlich denkbar, daß auch zwei Erblasser, die getrennt testieren, mithin auch andere Personen als Ehegatten, letztwillige Verfügungen in dem Sinne errichten, daß die Verfügungen des einen nicht ohne die des anderen Ehegatten gelten sollen. Allein auf diese Art wechselbezügliche Verfügungen sind die Sonderbestimmungen der §§ 2270/71 B.G.B. nicht anwendbar, da sie nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 2270 ein gemeinschaftliches Testament voraussetzen.[38]

III. Gemeinschaftlicher Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen durch beide Ehegatten.

Der Widerruf des gemeinschaftlichen wechselbezüglichen Testaments kann sowohl durch Vereinbarung beider Testatoren, als auch durch einseitiges rechtsgeschäftliches Handeln geschehen.

Haben die Ehegatten den übereinstimmenden Willen, ihr gemeinschaftliches Testament zu widerrufen, und bekunden sie diesen Willen durch ein entsprechendes beiderseitiges gemeinschaftliches Handeln, dann spricht man von einer zweiseitigen Aufhebung.

Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments kann durch einen gemeinschaftlichen Akt der Eheleute erfolgen, indem sie ein neues gemeinschaftliches Testament errichten, das entweder den ausdrücklichen Widerruf des früheren Testaments ausspricht (§ 2258 B.G.B.) oder lediglich vermöge seines Inhalts nach Maßgabe des § 2258 B.G.B. aufhebend wirkt.[1] Die Zulässigkeit ergibt sich per argumentum a maiore ad minus aus § 2292 B.G.B., wonach ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufgehoben werden kann; was aber bei dem maius des Erbvertrages, des die Erblasser viel strenger als das gemeinschaftliche Testament binden-

---

38) Planck § 2270 Anm. 5: and. Ans. Leonhard Bem. IV zu § 2270.
1) J.W. 1919, 516, 8. O.L.G. 40, 145.

den Rechtsinstituts Rechtens ist, muß auch von dem minus des wechselbezüglichen Testaments gelten.[2] Hervorzuheben ist, daß die wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments selbst dann aufgehoben werden, wenn das neue gemeinschaftliche Testament keine wechselbezüglichen Verfügungen enthält.[3] Zur Vermeidung von Schwierigkeiten und Zweifeln ist es ratsam, daß die Ehegatten in dem späteren gemeinschaftlichen Testament ausdrücklich erklären, ob und inwieweit durch die Errichtung des neuen Testaments das frühere aufgehoben werden soll. Die gültige Errichtung eines neuen gemeinschaftlichen Testaments hat von selbst die Aufhebung des früheren nicht zur Folge, die gemeinschaftlichen Testamente gelten nebeneinander insoweit, als das spätere mit dem früheren nicht in Widerspruch steht und hinsichtlich dieser Verfügungen gemäß § 2258 B.G.B. nicht aufhebend wirkt. Ist das spätere gemeinschaftliche Testament auf Grund der Verletzung von Formvorschriften ungültig, so ist es selbstverständlich, daß das frühere gemeinschaftliche Testament weiter seine Kraft behält. Wenn der durch das spätere Testament Bedachte vor dem Anfall der Zuwendung stirbt oder von seiner Befugnis, die Zuwendung auszuschlagen, Gebrauch macht, so ist zwar die Zuwendung nach den §§ 1923, 1953, 2160 B.G.B. unwirksam, es wird aber das frühere Testament durch diese Unwirksamkeit nicht wieder hergestellt. Widerrufen die Ehegatten das neue gemeinschaftliche Testament, so lebt unter entsprechender Anwendung des § 2257 B.G.B. das ursprüngliche gemeinschaftliche Testament wieder auf.

Aus § 2289 B.G.B. ergibt sich, daß auch ein gemeinschaftliches Testament durch einen Erbvertrag, den die Ehegatten später schließen, insoweit aufgehoben wird, als jener das Recht des oder der Bedachten beeinträchtigt.[4]

Der Widerruf durch gemeinschaftlichen Akt beider Ehegatten kann ferner im Wege gemeinschaftlicher Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung geschehen, jedoch nur, wenn das gemeinschaftliche Testament in öffentlicher Form oder nach § 2249 B.G.B. errichtet worden ist. Die Rückgabe eines gemeinschaftlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung erfolgt nach §§ 2256, 2272 B.G.B. nur, wenn beide Ehegatten gemeinschaftlich die Rückgabe beantragen und zum Zwecke der Rücknahme persönlich und gleichzeitig erscheinen.[5] Können sich die Ehegatten nicht darüber einigen, wem von

---

2) Strohal § 43 a. N. 2; Planck § 2271 I, 1 a; Maerker S. 368; Meyer S. 40; and. Ans. Hellmann a. a. O. S. 224 ff.
3) Maerker S. 368.
4) Maerker S. 368.

ihnen das gemeinschaftliche Testament auszuhändigen ist, so kann die Rückgabe nicht stattfinden, weil diese erst mit der Empfangnahme der Urkunde vollendet ist. Die Rückgabe setzt ferner voraus, daß beide Ehegatten insoweit geschäftsfähig sind (§ 2253 Abs. 2 B.G.B.), als dies zum Widerruf eines Testaments erforderlich ist. Sollte die Rückgabe versehentlich nur an einen Ehegatten erfolgt sein, so hat sie auch bei einem in öffentlicher Form errichteten Testament nicht die Wirkung des Widerrufs.[6] Der § 2272 gilt nicht nur, solange beide Ehegatten leben, sondern schlechthin; er hat somit zur Folge, daß ein gemeinschaftliches Testament nach dem Tode eines Ehegatten überhaupt nicht mehr zurückgegeben werden und von einer Rücknahme im Sinne des § 2256 B.G.B. nicht mehr die Rede sein kann.[7] Der § 2272 B.G.B. läßt also nur die gemeinschaftliche Rücknahme von gemeinschaftlichen Testamenten zu, er gilt für Testamente, die vor einem Richter oder Notar oder vor einem Gemeindevorsteher errichtet sind. Die Wirkung der Rücknahme ist aber eine durchaus verschiedene, je nachdem es sich um eine Rücknahme eines vor einem Richter oder einem Notar oder Gemeindevorsteher errichteten Testaments oder um die Rücknahme eines in eigenhändiger Form errichteten gemeinschaftlichen Testaments handelt. Im letzten Falle hat die Zurücknahme nicht die Bedeutung des Widerrufs (§ 2256 Abs. 3 B.G.B.), denn die Erblasser können sehr wohl die Absicht haben, nur die amtliche Verwahrung aufzuheben, weil die Einbringung in die amtliche Verwahrung bei Testamenten dieser Art auf freiem Willen der Erblasser beruht und nicht unbedingt wie bei den öffentlichen Testamenten vorgeschrieben ist.[8] Im ersten Falle gilt das Testament als widerrufen, (§ 2256 Abs. 1 B.G.B.), wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde den Eheleuten persönlich zurückgegeben wird. Der präsumierte Widerruf hat alsdann zur Folge, daß das ganze gemeinschaftliche Testament in allen seinen wechselbezüglichen Verfügungen als widerrufen gilt. Sollten die Ehegatten nicht die Absicht gehabt haben, daß das gemeinschaftliche Testament durch die Rückgabe als widerrufen gelten soll, so legt das Gesetz trotzdem der Rückgabe der Urkunde die Bedeutung eines Widerrufs bei. Das Gesetz stellt, wie die Worte: Das Testament „gilt als widerrufen“, erkennen lassen, die Rücknahme schlechthin einem Widerrufe gleich, ohne nach den Gründen zu fra-

5) Planck Bem. 1 zu § 2272; Ahammer S. 41.

6) Kretzschmar S. 319. Planck Anm. 1 zu § 2272, Strohal § 43, II, 1. And. Ans. Mattes S. 16.

7) Planck Anm. 3 zu § 2272; Mattes S. 17; Strohal § 43 a, Anm. 6 a; Meyer S. 40 Anm. 20; Cosack § 360 Nr. 2.

8) Planck Anm. 5 zu § 2256; Endemann S. 496; and. Ans. Schmidt S. 29 c.

gen, die für den Erblasser bestimmend sind. Die Wirkung der Aufhebung tritt daher auch dann ein, wenn der Erblasser diese gesetzliche Folge der Rücknahme nicht kennt. Der etwaige Wille der Erblasser, die Urkunde zurückzuerhalten, die letztwillige Verfügung aber bestehen zu lassen, würde als dem Gesetz zuwiderlaufend keine Beachtung finden.

Der Widerruf kann ferner in der Form des § 2255 B.G.B. erklärt werden, indem die Ehegatten mit Widerrufsabsicht die Testamentsurkunde vernichten oder an ihr solche Veränderungen vornehmen, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzugeben, ausgedrückt zu werden pflegt. Zu einem wirksamen Widerruf in dieser Form sind also zwei Momente erforderlich: Das objektive der Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde und das subjektive der Aufhebungsabsicht. Da das subjektive Moment nur in den seltensten Fällen sich mit Bestimmtheit nachweisen lassen dürfte, da es sich ja um einen inneren Vorgang in der Person des Erblassers handelt, so hat das Gesetz im Abs. 2 des § 2255 B.G.B. gemäß den Erfahrungen des täglichen Lebens eine Rechtsvermutung für das Vorhandensein der Aufhebungsabsicht bei Vornahme der betreffenden Handlung aufgestellt. Unbestritten stellt auch dieser Widerruf durch schlüssige Handlungen eine letztwillige Verfügung dar,[9] kann also, da außerdem ein derartiger Widerruf dem durch Testament gleichgestellt ist, ein Testament aber nur vom Erblasser persönlich errichtet werden kann, nur von den Erblassern persönlich vorgenommen werden. Soll der Widerruf als gemeinschaftlicher gelten, so müssen die beiden vom Gesetz geforderten Momente in der Person beider Erblasser vorliegen. Man darf freilich nicht soweit gehen, die Vornahme der mechanischen Handlung des Vernichtens oder Veränderns von beiden Ehegatten in Person zu verlangen, es genügt vielmehr, wenn ein Ehegatte im Einverständnis mit dem anderen handelt.[10] Der gemeinschaftlichen Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde steht gleich, wenn die Vernichtung oder die Veränderung von einem Dritten mit dem Willen beider Ehegatten vorgenommen wird. Denn dann ist der Vernichtende oder Verändernde lediglich als Werkzeug beider Erblasser zu betrachten.[11] Im Gegensatz zur Vertretung in der Willenserklärung ist hier jede Vertretung im Willen ausgeschlossen. Eine nachträgliche Genehmigung des Vernichtungs- oder Aenderungsaktes

9) Planck Anm. 1 zu § 2255 B.G.B.
10) Herzfelder § 2270/71 Anm. 2.
11) Planck Anm. 3 zu § 2272; Strohal § 43 a, Anm. 4; Goldmann a. a. O. S. 90; Meyer S. 39, Anm. 18; Mattes S. 16; Ahammer S. 40.

durch den oder die nicht selbst handelnden Ehegatten kann daher die Wirksamkeit des Widerrufs nicht herstellen.[12] Nimmt einer der Ehegatten eine Handlung gemäß § 2255 Abs. 1 B.G.B. an der Testamentsurkunde ohne das Einverständnis des anderen Gatten vor, so ist dies ohne jede rechtliche Wirkung, läßt also auch die Verfügung desjenigen Ehegatten unberührt, der die Vernichtung oder Veränderung in Widerrufsabsicht vorgenommen hat, denn wechselbezügliche Verfügungen können bei Lebzeiten beider Ehegatten einseitig nur in der Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. widerrufen werden. Zu denken ist bei dem Widerruf in der Form des § 2255 B.G.B. nur an eigenhändige gemeinschaftliche Testamente und an das sogen. Dreizeugentestament, denn bei den gemeinschaftlichen Testamenten vor Richter, Notar oder Gemeindevorsteher gilt schon die Rücknahme aus der Verwahrung als Widerruf (§ 2256 B.G.B.); es erübrigt sich also die Vernichtung bezw. Veränderung der Testamentsurkunde vollkommen.

IV. Einseitiger Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen bei Lebzeiten beider Ehegatten.

1. Einseitiger Widerruf gemäß § 2271 Abs. 1 B.G.B.

Beim einseitigen Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament ist zu unterscheiden der Widerruf zu Lebzeiten beider Ehegatten und der Widerruf nach dem Ableben des einen Ehegatten.

Zum Unterschied von dem Erbvertrag muß beim gemeinschaftlichen Testament der einseitige Widerruf bei Lebzeiten beider Ehegatten unbedingt zulässig sein. Es muß jedem Testator gestattet sein, so lange der andere Ehegatte lebt, von seinen Verfügungen abzugehen. Denn die gemeinschaftlichen Testamente verlieren, wie wir oben gesehen haben, durch ihre Verbindung, in die sie durch die wechselbezüglichen Verfügungen gesetzt werden, nicht ihre Eigenschaft als solche, und es erfordert daher die Konsequenz auch bei ihnen, wie allen anderen Testamenten, das Prinzip freier Widerruflichkeit einseitiger letztwilliger Willensordnungen anzuerkennen. Es kann daher jeder Ehegatte das gemeinschaftliche Testament mit seinen wechselbezüglichen Verfügungen in Bezug auf sein Vermögen zu Lebzeiten des anderen Ehegatten jederzeit frei widerrufen, durch ein anderes ersetzen und es so in seinen einzelnen Bestandteilen auf-

12) Ahammer S. 40.

heben oder nur abändern. Diese Folgerung widerspricht in keiner Weise dem Begriff der Wechselbezüglichkeit, denn auch der andere Teil ist nach dem Widerruf noch in der Lage, seinerseits auf seine Verfügungen einzuwirken und die Wünsche, die er für das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode hatte, in anderer Form zur Geltung zu bringen. Im gem. Recht war noch zeitweise die Ansicht verbreitet, daß die wechselbezüglichen Verfügungen unwiderruflich seien.[1] Dabei ließ man sich von der Vorstellung leiten, jede wechselseitige Disposition, mag sie auch Testament genannt sein oder nicht, sei einem Erbeinsetzungsvertrag gleichzuachten, von dem abzugehen, also seine Verfügungen zu widerrufen, keinem Testator gestattet sei; ein Widerruf müsse also auch bei Lebzeiten beider Ehegatten immer ungültig sein. Diese Lehre hat man schließlich, als Hasse die Materie der wechselbezüglichen Testamente einer genaueren Prüfung unterzog, fallen lassen. Keiner der vielen Bearbeiter nach Hasse hat die Theorie von der uneingeschränkten Anwendung der Regeln des Erbvertrags auf wechselbezügliche Testamente und der damit verbundenen Unwiderruflichkeit schon bei Lebzeiten beider Ehegatten wieder vertreten. Im entwickelten gem. Recht ging die allgemeine Ansicht schließlich auch dahin, daß bei Lebzeiten beider Ehegatten jeder Testator seine wechselbezüglichen Verfügungen frei widerrufen kann.[2] Auch das preußische Landrecht hat sich im A.L.R. II, §§ 485, 486, 491, 492 für die richtige Ansicht entschieden. Bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bei denen man erkannte, daß sich aus der rechtlichen Natur des wechselbezüglichen Testaments von selbst die unbeschränkte freie Widerrufsmöglichkeit wechselbezüglicher Verfügungen eines Ehegatten zu Lebzeiten des anderen ergibt, gingen die Meinungen auseinander, wie dieser Widerruf rechtlich auszugestalten sei. Die Mehrheit der 2. Kommission vertrat den Standpunkt, daß wegen der mit dem einseitigen Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen verbundenen tiefgreifenden Wirkungen für den anderen Ehegatten die Aufhebung billiger Weise mit dessen Kenntnis geschehen müsse, damit auch er der veränderten Sachlage entsprechende Verfügungen treffen könne. Wegen der Aehnlichkeit des Widerrufs mit der Erklärung des vorbehaltenen Rücktritts beim Erbvertrage hielt man die Anwendung der für diesen vorgesehenen Form auch für jenen für empfehlenswert; und diese vorgeschlagene und schließlich angenommene Form des einseitigen Widerrufs ist im § 2271 Abs. I Satz 1 B.G.B., wie folgt, festgelegt worden:

1) Hartmann S. 117.
2) Stobbe S. 253.

„Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, erfolgt bei Lebzeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt geltenden Vorschriften des § 2296. Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben."

Der Hinweis auf § 2296 B.G.B. ergibt, daß der einseitige Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen durch eine dem anderen Ehegatten gegenüber abzugebende gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung zu erfolgen hat. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird angeordnet, um den Widerrufenden zu besonnener Ueberlegung anzuhalten und gleichzeitig dem anderen Ehegatten gegenüber den Erklärungstatbestand und die hierdurch eingetretene Unwirksamkeit seiner eigenen Verfügung unzweifelhaft und beweissichernd festzustellen.[3] Jedes gemeinschaftliche Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen, gleichgültig in welcher Form es errichtet ist, muß durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung widerrufen werden. Diese ist also auch beim Widerruf des in außerordentlicher Form errichteten und des eigenhändigen wechselbezüglichen Testaments erforderlich. Hierin muß eine Inkonsequenz des Gesetzes, die sich aus der nachträglichen Aufnahme des eigenhändigen Testaments ins Gesetz erklären läßt, erblickt werden, insofern, als ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen zwar ohne öffentliche Beurkundung errichtet, nicht aber einseitig widerrufen werden kann. Der Widerruf des § 2271 Abs. 1 B.G.B. ist zwar materiell eine letztwillige Verfügung, der Form nach stellt er aber kein Rechtsgeschäft von Todes wegen, sondern ein solches unter Lebenden dar. Dieser Unterschied ist von Bedeutung. Es finden auf die Beurkundung der Widerrufserklärung daher nicht die Vorschriften der §§ 2233—2246 B.G.B. für die Testamentserrichtung vor Richter und Notar Anwendung, sondern die allgemeinen für die Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Urkunden im Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der §§ 168—182 aufgestellten.[4] Die Widerrufserklärung ist, da sie materiell eine Verfügung über die Erbfolge trifft, streng an die Person des Berechtigten gebunden. Sie kann daher nur durch den Widerrufenden persönlich, nicht durch einen Vertreter, sei es gesetzlichen oder gewillkürten, erfolgen, (§§ 2064, 2296 Abs. 1 B.G.B.). Hierbei ist aber zu bemerken, daß die Vertretung in der Erklärung des Wil-

3) Endemann § 63 VI b.
4) Meyer S. 47 Anm. 25; Planck § 2271 II, 2 a.

lens möglich ist, da der Uebermittler einer Willenserklärung nicht Vertreter in diesem Sinne ist.[5] Aus der rechtlichen Konstruktion des wechselbezüglichen Testaments folgt, daß der widerrufende Ehegatte zum Widerruf wie beim Einzeltestament nicht der vollen Geschäftsfähigkeit bedarf; es genügt vielmehr, wenn er widerrufsfähig ist. Der wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung entmündigte oder nach § 1906 B.G.B. unter vorläufige Vormundschaft gestellte Ehegatte kann daher sein vor der Entmündigung errichtetes wechselbezügliches Testament ohne weiteres widerrufen (§ 2253 Abs. II B.G.B.) Er bedarf hierzu der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters ebenso wenig (§ 2296 B.G.B.), als der minderjährige Ehegatte über 16 Jahre (§ 2229 Abs. 2 B.G.B.). Die Widerrufsfähigkeit muß im Augenblick der Abgabe der Erklärung vorhanden sein. Späterer Gewinn nützt nicht, späterer Verlust schadet nicht. Verliert der Widerrufende die Widerrufsfähigkeit, bevor dem anderen Ehegatten die Erklärung zugegangen ist, so wird der Widerruf dennoch wirksam, sobald er dem anderen zugeht (§ 130 Abs. 2 B.G.B.). Es darf z. B. ein wegen Verschwendung oder Geistesschwäche entmündigter Ehegatte willkürlich und aus Aerger über den von dem anderen Ehegatten gestellten Entmündigungsantrag das gemeinschaftliche Testament widerrufen, sofern sich nicht nachweisen läßt, daß die Erklärung nichtig ist, weil er bei ihrer Abgabe geistesgestört war. Denn unfähig zum Widerruf ist der geschäftsunfähige Ehegatte, ferner der sonst widerrufsfähige, aber zur Zeit des Widerrufs bewußtlose oder vorübergehend geistesgestörte. (§ 105 Abs. 2 B.G.B.)[6] und der wegen Geisteskrankheit entmündigte.

Letzterer wird mit Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den gesetzlichen Vertreter widerrufsunfähig (§ 661 Z.P.O.). Erfolgt der Widerruf vor Eintritt der Unanfechtbarkeit des Entmündigungsbeschlusses und stirbt der Widerrufende noch vor deren Eintritt, so ist der Widerruf gültig (§ 2230 Abs. 1 B.G.B.), es sei denn, daß der Nachweis tatsächlicher Geisteskrankheit zur Zeit der Abgabe der Widerrufserklärung geführt wird. Dasselbe hat auch dann zu gelten, wenn der entmündigte Ehegatte nach Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung widerruft und die Entmündigung danach aufgehoben wird. (§ 2230 Abs. 2 B.G.B.) Der Nachweis, daß der wegen Geisteskrankheit entmündigte Ehegatte in einem lichten Moment widerrufen habe, verleiht dem Widerruf im Gegensatz zum gem. Recht keine Gültigkeit.

5) Herzfelder § 2270/71 Bem. III A 1.
6) Herzfelder § 2296 Bem. 2; Kretzschmar § 52, 2 a; Kipp § 37 Nr. II.

Der Widerruf wird sich wohl in den häufigsten Fällen so vollziehen, daß beide Ehegatten gleichzeitig vor Gericht oder Notar erscheinen, der eine Ehegatte den Widerruf erklärt, und der andere Ehegatte diese Erklärung entgegennimmt. In diesem Falle wird beurkundet, daß der eine Teil dem anderen gegenüber den Widerruf erklärt hat. Ist aber gleichzeitige Anwesenheit beider Ehegatten nicht möglich, verweigert z. B. der andere Ehegatte die Entgegennahme der Widerrufserklärung, oder ist er abwesend oder unbekannten Aufenthalts, so wird zunächst die Erklärung des widerrufenden Ehegatten beurkundet und dann dem anderen Ehegatten übermittelt. Die Uebermittelung der Widerrufserklärung ist formlos.[7] Demnach kann diese dem Widerrufsempfänger in Original oder Abschrift übergeben oder sonstwie zugestellt werden. Es wird schließlich auch für genügend erachtet, wenn ihm die Urkunde vorgelesen oder deren Inhalt auf sonst eine Weise bekannt wird.[8] Der Widerrufende wird sich aber dann, wenn er einen sicheren Beweis in der Hand haben will, zur Uebermittelung auch der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der ZPO. bedienen. Auf diese Weise kann er vor allem einer etwaigen Annahmeverweigerung vorbeugen. Mit dieser Form der Zustellung kann aber auch ein böswilliger Ehegatte den Zweck der Formvorschrift des § 2271 B.G.B., die Kenntnisnahme vom Widerruf durch den anderen Ehegatten, sehr leicht vereiteln. Der widerrufende Ehegatte braucht die Widerrufserklärung nur zu einer Zeit zustellen zu lassen, wo der andere Ehegatte zufällig abwesend ist. Freilich darf an den widerrufenden Ehegatten selbst — die analoge Anwendung des § 185 Z.P.O. bedarf wohl keiner näheren Begründung — dann nicht zugestellt werden. Es kann die Zustellung an einen Hausgenossen erfolgen, was mit der Gefahr verbunden ist, daß der Empfänger des Schriftstücks dieses dem widerrufenden Ehegatten, ohne irgendwie mit ihm gemeinsame Sache zu machen, anstandslos aushändigt und damit die Kenntnisnahme durch den anderen Ehegatten vereitelt, was das Gesetz durch die Vorschrift des § 2271 B.G.B. gerade verhindern will.[9] Die nicht unbedenkliche Möglichkeit, die gesetzliche Vorschrift zu umgehen, könnte vielleicht dadurch ausgeschlossen werden, wenn man in der Formalisierung des Widerrufs in § 2271 B.G.B. noch einen Schritt weiter ginge und die Zustellung zu eigenen Händen des Widerrufsempfängers fordern würde.

7) Herzfelder § 2296 Bem. 3.
8) Herzfelder § 2296 Bem. 3
9) Mattes S. 41.

Da der Widerruf nach § 2271 B.G.B. eine formalisierte empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, kommen die diesbezüglichen Vorschriften des allgemeinen Teils der §§ 130 ff. B.G.B. in Frage, die auch für erbrechtliche Willenserklärungen gelten.[10] So ist es auf die Wirksamkeit der Widerrufserklärung ohne jeden Einfluß, wenn der widerrufende Ehegatte nach Abgabe der Erklärung stirbt (§ 130 Abs. 2 B.G.B.), wenn er nur alles getan hat, was von seiner Seite geschehen muß, damit die Erklärung an den anderen Teil gelangt.[11] Wegen der Geschäftsfähigkeit des Erklärungsempfängers gilt das vorstehend über die Geschäftsfähigkeit des Widerrufenden Gesagte. Stirbt der andere Ehegatte vor dem Zugehen der Erklärung, so ist der Widerruf vereitelt; aber gleichgültig ist es, ob der Erklärungsempfänger noch geistig gesund oder sonst imstande ist, eine eigene neue Verfügung von Todes wegen zu treffen.[12] Ist der andere Ehegatte geschäftsunfähig, so wird der Widerruf nicht wirksam, bevor er dem gesetzlichen Vertreter zugeht (§ 131 Abs. 1 B.G.B.) Es kommt nicht darauf an, daß dieser Ehegatte selbst von dem Widerruf Kenntnis erhält. Ist der widerrufende Ehegatte selbst der gesetzliche Vertreter, so hat die Erklärung einem gem. §§ 1795 Z. 1, 181 B.G.B. vom Vormundschaftsgericht bestellten Pfleger gegenüber zu erfolgen.[13] Es findet § 131 Abs. 2 S. 1 B.G.B. auch Anwendung, wenn der Erklärungsempfänger in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, trotzdem dieser selbst das Recht zum Widerruf seines Testaments hat, ja sogar unter Umständen positiv testierfähig ist. Der Widerruf kann dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten selbst mit rechtlicher Wirksamkeit nur dann erklärt werden, wenn sein gesetzlicher Vertreter hierin einwilligt. Er wird dann wirksam, sobald er dem anderen Ehegatten zugeht. Die Vorschrift des § 131 Abs. 2 S. 1 B.G.B. bringt keine befriedigende Lösung für den Fall, daß der minderjährige, in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte anstelle der durch den Widerruf unwirksam gewordenen Verfügung eine neue Verfügung von Todes wegen zu errichten imstande ist, die der gesetzliche Vertreter nicht treffen kann. Für diesen Fall schließen wir uns deshalb auch der Ansicht von Strohal,[14] Mattes[15] an und erklären die Abgabe der Widerrufserklärung gegenüber dem testierfähigen in der Geschäfts-

10) R.G.Z. 65, 272.
11) R.G.Z. 65, 270; Strohal § 43 a N. 10—12.
12) Endemann § 63 VI b.
13) Mattes S. 40.
14) Strohal § 443 a. N. 10.
15) Mattes S. 40.

fähigkeit beschränkten Ehegatten selbst für rechtsgültig. Denn, wie oben dargelegt, geht die Tendenz der Vorschrift des § 2271 B.G.B. zweifellos dahin, den anderen Teil durch den ihm bekannt gewordenen Widerruf in die Möglichkeit zu versetzen, die von ihm getroffene und nunmehr unwirksam gewordene Verfügung durch eine neue letztwillige Verfügung zu ersetzen. In diesem Fall kann aber diese nur der beschränkt geschäftsfähige Ehegatte errichten, nicht der gesetzliche Vertreter. Es wäre daher zu wünschen, wenn sich die Rechtsanwendung über diese Vorschrift hinwegsetzte, indem sie die Abgabe einer solchen Erklärung an den beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten den Umständen gemäß mit einer stillschweigenden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters begründete. Meyer[16] erklärt sich bei Erörterung dieser Frage im Prinzip mit obiger Auffassung einverstanden, glaubt aber, daß die Praxis damit über die Grenzen der Gesetzesauslegung hinausgehen würde, Bedenken, denen man sich ohne weiteres trotz der Billigkeit der obigen Auffassung nicht verschließen kann.

Ist der Aufenthalt des anderen Ehegaten unbekannt, so kann die Zustellung der Widerrufserklärung gemäß § 132 Abs. 2 B.G.B. nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung §§ 204—206, also durch Anheftung an die Gerichtstafel und Einrückung eines Auszuges in die öffentlichen Blätter bewirkt werden. Hellwig[17] hat mit Recht diese Art des Widerrufs eines wechselbezüglichen Testaments in der für die öffentliche Zustellung einer Ladung bestimmten Form als ein „Unikum in der Rechtsgeschichte" bezeichnet. Man stelle sich doch vor, daß eine in einem gemeinschaftlichen Testament, also ohne jede Mitwirkung einer Behörde oder Urkundsperson getroffene wechselbezügliche Verfügung gewissermaßen durch ein Zeitungsinserat widerrufen werden muß.

Ist es zweifelhaft, ob der andere Ehegatte noch am Leben ist, so ist besondere Vorsicht hinsichtlich der Form des Widerrufs geboten. Die Form der Zustellung der Widerrufserklärung des § 132 Abs. 2 B.G.B. kommt nicht in Betracht, da nicht die Person des Erklärungsempfängers,[18] sondern nur die Form der Erklärung ungewiß ist. Es wird sich daher empfehlen, sowohl die für den Widerruf bei Lebzeiten beider Ehegatten vorgeschriebene Form als auch die nach dem Ableben eines Ehegatten erforderliche Form zu beachten. Vorsorglich wird man auch ein gemeinschaftliches Testament in die-

16) Meyer S. 49 Anm. 31.
17) Hellwig S. 463.
18) Hellwig S. 640 ff.

sen beiden Formen widerrufen, wenn ein Ehegatte für tot erklärt worden ist.[19]

Hinsichtlich der Form des Widerrufs sind u. a. von Hellwig[20] und Strohall[21] Vorwürfe gegen den § 2271 B.G.B. erhoben worden. Die bisherigen Ausführungen haben auch ergeben, daß die Tendenz des § 2271 B.G.B., daß der Widerruf nicht hinter dem Rücken des anderen Ehegatten erfolgen soll, sich nicht immer verwirklichen läßt und durch die Böswilligkeit des widerrufenden Ehegatten sehr leicht vereitelt werden kann. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß jene Bestimmung vielfach zu einer unnötigen und drückenden Erschwerung des Widerrufs führt. Es müßte daher eine neue Form des Widerrufs gefunden werden, die diese Mängel beseitigt und Fehlendes ergänzt. So müßte vor allem die neue Form Beurkundung der Uebermittelung der Widerrufserklärung vorsehen. Hellwig[22] hat eine neue Form für den einseitigen Widerruf vorgeschlagen. Hiernach soll der Widerruf dem Gericht oder Notar mitgeteilt werden, die dann von sich aus den anderen Ehegatten davon in Kenntnis zu setzen haben.[23] Auf diese Weise würde die Widerrufserklärung und ihre Uebermittelung durch Gericht oder Notar einwandfrei bewiesen werden können. Bei unbekanntem Aufenthalt oder Verschollenheit des anderen Ehegatten müßte dann natürlich das Bekanntwerden oder die Rückkehr abgewartet werden. Um jedoch für den Widerrufenden volle Klarheit über die Wirksamkeit seiner Widerrufserklärung zu schaffen, müßte bereits an die Abgabe der Erklärung an Gericht oder Notar der Widerrufseffekt geknüpft werden. Bei Bekanntsein des Aufenthalts des anderen Ehegatten müßte natürlich unverzüglich die Widerrufserklärung übermittelt werden, damit das Prinzip der Testierfreiheit möglichst gewahrt bliebe.

Wie es in § 2271 Abs. 1 S. 2 B.G.B. heißt, kann durch eine neue Verfügung von Todes wegen eine wechselbezügliche Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament nicht aufgehoben werden. Die Formvorschrift des § 2271 B.G.B. ist also zwingendes Recht. Ueber die Auslegung des S. 2 in § 2271 Abs. 1 B.G.B. gehen die Meinungen in der Literatur sehr auseinander. Die Mehrzahl der Schriftsteller stellt dem Begriff „einseitig“ den Begriff „zweiseitig“ als Gegensatz gegenüber, während die Minderzahl unter „nicht einseitig“ soviel wie „nicht ohne Zustimmung des anderen Ehegatten“

19) Hellwig S. 642; Strohal § 43 a N. 11 und 12; Kretzschmar S. 320.
20) Hellwig S. 641 ff.
21) Strohal § 43 a. Anm. 12.
22) Hellwig S. 641 ff.
23) Ebenso: Mattes S. 42; Frommhold S. 244; Meyer S. 48, Anm. 26.

versteht. Aus Gründen, die sich aus § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B., einer strengen Formvorschrift, ergeben, müssen auch wir uns der von der Mehrheit vertretene Meinung anschließen. Die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 S. 2 B.G.B. will nur das Mißverständnis ausschließen,[24] als ob der in Satz 1 gewiesene Weg der einzige wäre, auf dem überhaupt wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten widerrufen werden könnten. Durch Satz 2 des § 2271 Abs. soll vielmehr klargestellt werden, daß nicht nur das gemeinschaftliche Testament einseitig in der Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B. widerrufen werden kann, sondern daß auch beide Ehegatten durch gemeinsamen Widerruf (gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag) die wechselbezüglichen Verfügungen aufheben können. Keinesfalls aber soll durch diese Vorschrift die Möglichkeit gegeben werden, daß ein Ehegatte mit formloser Zustimmung des anderen Ehegatten durch eine gewöhnliche Verfügung von Todes wegen die wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament widerruft. Dies würde auch der Bedeutung der durch strenge Formvorschriften gesicherten wechselbezüglichen Verfügungen in der Tat nicht entsprechen. Die formlose Zustimmungserklärung kann der einseitigen Erklärung nicht die Kraft verleihen, das formal begründete Gesamttestament aufzuheben; damit würde der andere Ehegatte formlos auch seine Verfügungen aufheben.[25] Auch die Aufhebung wechselbezüglicher Vermächtnis- und Auflageverfügungen durch eine einseitige letztwillige Verfügung mit gerichtlicher oder notarieller Zustimmung des anderen Teiles, wie sie in § 2291 B.G.B. für den Erbvertrag zugelassen ist, muß für das gemeinschaftliche Testament dem Wortlaut des § 2271 Abs. 1 S. 2 B.G.B. gemäß für unzulässig erklärt werden.[26]

Im Zusammenhang mit der eben behandelten Frage ist ferner lebhaft bestritten, ob das wechselbezügliche Testament selbst den einseitigen Widerruf durch eine Verfügung von Todes wegen gestatten kann. Es kann z. B. bestimmt werden, daß jeder Ehegatte für den Fall, daß er der zuerst Versterbende ist, ermächtigt wird, einzelne seiner wechselbezüglichen Verfügungen mit der Wirkung des § 2271 Abs. 1 B.G.B. durch Testament aufzuheben. Eine solche Vereinbarung beeinflußt den wechselbezüglichen Charakter der Verfü-

---

24) Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 606; Mattes S. 42.

25) Für diese Ansicht: Prot. Bd. 5 S. 455 ff.; Herzfelder §§ 2271/72 Bem. III A; 2. R.G.Kom. S. 323; J.W. 1919 S. 516, 8; R.G.Z. 65, S,65, S, 271; jetzt auch Strohal § 43 a, Anm, 15; Küntzel a. a. O. S. 605 ff.; Kagermann S. 25; Cosack § 360 Anm. 21; Dernburg S. 260.

Gegen diese Ansicht: Loewenwald S. 68; Wilke § 2271 Anm. 3; Eichhorn S. 188.

26) Küntzel a. a. O. S. 607; Planck S. 702; and. Ans. Strohal S. 336; Meyer S. 47.

gungen nicht, denn die Formalisierung ist kein Begriffsmerkmal der Wechselbezüglichkeit.[27] Trotz der Wechselbezüglichkeit und der strengen Formschrift des § 2271 Abs. 1 B.G.B. wird man Strohal,[28] Mattes[29] und Zetzsche[30] zustimmen müssen, wenn sie in einem solchen Fall den Widerruf durch Testament zulassen und der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 B.G.B. nach dieser Richtung hin dispositiven Charakter beilegen. Die Zustimmung zur späteren Aufhebung in dieser erleichterten Form wird schon bei Errichtung des Testaments gegeben und in diesem festgelegt. Wir halten es für unbegründet, der Formvorschrift des § 2271 Abs. 1 B.G.B., durch die lediglich die Interessen des anderen Ehegatten geschützt werden sollen, für derartig zwingend zu halten, daß sie selbst mit Zustimmung der geschützten Person eine Abänderung, die deutlich und klar im gemeinschaftlichen Testament selbst festgelegt wird, nicht erfahren dürfte. So gut es möglich ist, ein wechselbezügliches Testament aufzuheben, so gut muß es auch für zulässig erachtet werden, durch ein gemeinschaftliches Testament den Widerruf zu erleichtern. Diese Erleichterung kann aber dann ohne Zweifel auch gleich bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments geschaffen werden. Planck,[13] Endemann,[32] Küntzel[33] vertreten den gegenteiligen Standpunkt. Nach ihnen können die Ehegatten sich auf keinen Fall die Befugnis vorbehalten, in einer anderen Form als der des § 2271 Abs. 1 B.G.B. die wechselbezüglichen Verfügungen zu widerrufen.

Ist ein Verzicht auf das Widerrufsrecht bezüglich wechselbezüglicher Verfügungen, wie Frommhold[34] annimmt, möglich? Dies wird man im Hinblick auf § 2302 B.G.B. verneinen müssen. Ein solcher Verzicht würde ganz und gar gegen den Grundsatz der Testierfreiheit verstoßen. Nach der anderen Seite hin ist auch eine Erschwerung der Aufhebungsform als nicht möglich zu erachten, da eine noch größere Formalisierung mit der rechtlichen Natur des gemeinschaftlichen Testaments nicht mehr vereinbar sein und dieses dem Erbvertrag sehr nähern würde.

Im Gesetz ist nicht geregelt die Frage, in welcher Form die einseitige Abänderung, der t e i l w e i s e Widerruf, einer wechselbezüglichen Verfügung zu erfolgen hat. Im gem. Recht interessierte diese

27) Zetzsche S. 42.
28) Strohal § 43, II 4 a.
29) Mattes S. 43.
30) Zetzsche S. 41.
31) Planck II b § 2271.
32) Endemann § 63 V/ c.
33) Küntzel a. a. O. S. 605 ff.
34) Frommhold Anm. 3 zu § 2271.

Frage nicht, da nach herrschender Ansicht ein teilweiser Widerruf unzulässig war. In der Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind die Meinungen geteilt. Die einen fordern auch für den teilweisen Widerruf, also vor Errichtung der abändernden wechselbezüglichen Verfügung, Aufhebung nach § 2271 Abs. I S. 1.[35] Die anderen wollen diese strenge Form nicht angewendet wissen, da eine Abänderung einer wechselbezüglichen Verfügung nicht deren Widerruf gleichzusetzen sei.[36] Da das Gesetz diesen Fall nicht ausdrücklich regelt, muß unseres Erachtens daraus gefolgert werden, daß eine Entscheidung nur für jeden einzelnen Fall getroffen werden kann. Man wird dabei lediglich von dem Gesichtspunkt ausgehen, ob durch die Abänderung die Lage des durch die abzuändernde wechselbezügliche Verfügung Bedachten beeinträchtigt wird oder nicht. Verschlechtert die abändernde Verfügung die Lage des im wechselbezüglichen Testament bedachten Ehegatten oder des ihm verwandten oder sonst nahestehenden Dritten (Belastung der Bedachten mit Auflagen oder Vermächtnissen) wesentlich, so ist es ein Gebot der Billigkeit, daß der andere Ehegatte von der Abänderung erfährt, denn in diesem Fall kommt die Abänderung einem Widerruf wirtschaftlich gleich oder mindestens sehr nahe. Soll eine solche Abänderung rechtswirksam sein, so muß ihr ein Widerruf nach § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B. vorangehen. Wird dagegen der Bedachte durch die Abänderung der Verfügung nicht oder nur unwesentlich beschwert, dann bedarf es der Form des Widerrufs nach § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B. nicht, da die Form, die den Schutz des Bedachten bezweckt, hier zwecklos sein würde. Die Abänderung kann nicht gleichzeitig mit dem Widerruf erklärt werden, da dieser formell keine Verfügung von Todes wegen ist. Es ist daher zunächst der Widerruf zu erklären und sodann die neue Verfügung in abgeänderter Form zu errichten.

Im bisherigen Recht war man der Ansicht, daß ein Widerruf des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen möglich sei und die bereits aufgehobene Verfügung des anderen Ehegatten durch ihn wieder wirksam werde.[37] Nach geltendem Recht ist dagegen ein Widerruf des Widerrufs nicht zulässig. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwar im § 2257 auch den Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung und legt ihm die Wirkung bei, die widerrufene Verfügung so wirksam zu machen, wie wenn sie gar nicht widerrufen

---

35) Meyer S. 45 Anm. 17, Strohal § 43 a. Anm. 17. Herzfelder Bem. IV zu §§ 2270/71; Jetzsche S. 60; Proske S. 58; J.W. 1919 S. 516.

36) Frommhold § 2271 Anm. 3. Brüff. a. a .O. S. 392; Hellwig S. 645, IV. Dernburg Bd. 5 § 93 Nr. VI, 2.

37) vgl. Dernburg Preuß. Privatrecht Bd. III § 184 Anm. 4.

worden wäre. Voraussetzung ist aber dafür, daß der aufzuhebende Widerruf durch Testament gemäß § 2254 B.G.B. erfolgt ist. Es kann nun aber der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung einseitig nur in der Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 B.G.B., also niemals durch Testament, erfolgen. Folglich ist eine analoge Anwendung des § 2257 B.G.B. auf den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen ausgeschlossen; ein Widerruf des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen ist demgemäß wirkungslos.[38]

Da nur wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments in der Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B. zu widerrufen sind, werden die nicht wechselbezüglichen Verfügungen durch einen solchen Widerruf nicht aufgehoben. Sie müssen durch die allgemeinen Testamentswiderrufsformen beseitigt werden. (§§ 2254, 2258, 2265, 2289 B.G.B.). Will also ein Ehegatte sein gesamtes gemeinschaftliches Testament, das sowohl wechselbezügliche, wie nicht wechselbezügliche Verfügungen enthält, widerrufen, so muß er die wechselbezüglichen Verfügungen nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. aufheben, die nicht wechselbezüglichen Verfügungen in den allgemeinen Formen widerrufen. Ebenso wird man verfahren müssen, wenn es zweifelhaft ist, ob eine Anordnung wechselbezüglich ist oder nicht. Man wird daher, um ganz sicher zu gehen, immer beide Formen verbinden. Mit Recht empfiehlt daher Goldmann[39], daß der Notar bei der Protokollierung des Widerrufs einer wechselbezüglichen Verfügung zugleich die Form eines Testaments wahrt, namentlich zwei Zeugen hinzuzieht. Enthält das gemeinschaftliche Testament auch wechselbezügliche Verfügungen, die nicht Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen sind, so sind diese nach den für die nicht wechselbezüglichen Verfügungen geltenden Regeln aufzuheben. Dies ergibt sich daraus, daß § 2271 Abs. 1 B.G.B. den ganzen § 2270 B.G.B., also auch dessen Absatz 3, zitiert. Eine Ausdehnung der Formvorschrift des § 2271 Abs. 1 S. 1 auf solche andere Verfügungen wäre daher zwecklos, da deren Aufhebung in dieser Form die Wirkung des § 2270 Abs. 1 B.G.B. nicht zur Folge hat.[40]

Nichtbeachtung der Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B. macht den Widerruf nichtig. Aber diese Nichtigkeit ist, wie aus der Tendenz der Vorschrift zu entnehmen ist, keine absolute, sondern sie trifft nur ein zugunsten des gemeinschaftlichen Testaments,

38) R.G.Kom. S. 323; Herzfelder § 2296 Bem. 5. Maerker S. 368; Kretzschmar Z. d. N. 10. Jahrg. S. 11.

39) Goldmann S 60.

40) Herzfelder §§ 2270/71 Bem. I a, E.

soweit es wechselbezügliche Verfügungen enthält. So ist beispielsweise ein in Widerrufsabsicht nach § 2258 B.G.B. errichtetes Testament oder ein nach § 2289 B.G.B. mit einem Dritten geschlossener Erbvertrag auch dann gültig, wenn erst nach Errichtung oder Abschluß der betreffende Ehegatte seine wechselbezüglichen Verfügungen in der vorgeschriebenen Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 B.G.B. widerruft. Denn es handelt sich hier nicht um eine Beschränkung der Testierfreiheit, sondern um ein äußeres Hindernis, das auch nachträglich wirksam beseitigt werden kann.[41]

2. Wirkung des einseitigen Widerrufs.

Im gemeinen Recht war man geteilter Ansicht über die Wirkung des einseitigen Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen. Einige Schriftsteller legten dem einseitigen Widerruf auf die entsprechende wechselbezügliche Verfügung des anderen Ehegatten keinerlei Wirkung bei.[42] Die herrschende Meinung ging hingegen dahin, daß der einseitige Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung die entsprechende wechselbezügliche Verfügung des anderen Ehegatten hinfällig mache.[43] Dieser Auffassung hat sich das preußische und sächsische Recht und auch das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen (A.L.R. II, 1 § 485; sächs. B.G.B. § 2214; vgl. Denkschrift S. 433).

Der tiefere Grund dieser Wirkung liegt im Wesen der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen begründet. Da nach dem Willen der Ehegatten deren wechselbezügliche Verfügungen mit einander stehen und fallen sollen, so ist es nur eine notwendige Folge, daß der Wegfall der einen Verfügung den Wegfall der anderen Verfügung nach sich zieht. Da diese Wirkung von den Ehegatten nicht immer beabsichtigt zu sein braucht, so kann die Anwendung der Vorschrift des § 2270 Abs. 1 B.G.B. auch durch entgegenstehende Bestimmungen der testierenden Ehegatten im Testament völlig ausgeschlossen oder wenigstens an gewisse Bedingungen geknüpft werden,[44] ohne daß die wechselbezüglichen Verfügungen ihren Charakter als solche verlieren.

Nach § 2270 Abs. 1 B.G.B. hat der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge, die entsprechende Verfügung des anderen Ehegatten wird unwirksam. Die Unwirksam-

---

41) R.G.Z. 65, 275 ,Meyer S. 50; Bayr.Z. 1923 S. 71; Herzfelder §§ 2270/71; Bem. IV; Mattes S. 43; Maerker S. 193.

42) Hartmann S. 128 ff.; vgl. auch die bei Fische a. a. O. S. 82 zitierten Vertreter dieser Ansicht.

43) Windscheid Pand. S. 311; Dernburg Pand. S. 185 Nr. 3.

44) Ebenso Strohal S. 335; and. Ans. Mantey S. 391.

keit tritt mit dem Zeitpunkt, in dem der Widerruf wirksam wird, unmittelbar kraft Gesetzes ein, d. h. es braucht zu dem Widerruf des einen Ehegatten nicht noch eine Willenserklärung oder ein sonstiges Tätigwerden des anderen Ehegatten hinzuzutreten. Ein Wiederwirksamwerden der einmal widerrufenen Verfügungen ist unmöglich, da, wie oben dargelegt, ein Widerruf des Widerrufs unzulässig ist. Voraussetzung für die Wirksamkeit ist nicht, daß der nicht widerrufende Teil Kenntnis vom Widerruf erlangt oder sich mit diesem einverstanden erklärt.[45] Ferner ist die ausdrückliche Bestätigung der wechselbezüglichen Verfügungen nach Erlangung der Kenntnis oder die Erklärung des Einverständnisses mit dem Widerruf ohne jeden Einfluß auf die Wirkung des Widerrufs; die den widerrufenden Verfügungen entsprechenden Verfügungen des anderen Ehegatten sind und bleiben trotzdem unwirksam.[46] Nur durch Errichtung einer neuen Verfügung gleichen Inhalts oder des Inhalts, daß die frühere Verfügung bestehen bleiben solle, kann das Fortbestehen der hinfällig gewordenen Verfügung erreicht werden.[47] Die Folge davon ist, daß ihre Fortdauer dann unmöglich wird, wenn ihr Errichter nach dem Widerruf die positive Testierfähigkeit verloren hat.

Die Unwirksamkeit beschränkt sich auf denjenigen Teil der Verfügungen des anderen Ehegatten, der mit den widerrufenden Verfügungen im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit gestanden hatte. Ob die so beschränkte Unwirksamkeit auch die Unwirksamkeit der sonstigen Verfügungen des anderen Teiles zur Folge hat, ist nach § 2085 B.G.B. zu beurteilen, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die wirksamen Verfügungen nicht getroffen haben würde.[48] Betrifft der Widerruf sämtliche in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen des einen Ehegatten, so ist zu prüfen, inwieweit die Verfügungen des anderen Ehegatten wechselbezüglich oder unabhängig sind.

Nur der Widerruf der einen Verfügung hat die Unwirksamkeit der anderen zur Folge. Bei einer nur tatsächlichen Wirkungslosigkeit der einen Verfügung, z. B. infolge Versterbens des Bedachten oder durch Ausschlagung des Bedachten, bleibt die Wirksamkeit der anderen Verfügung hiervon unberührt und zieht höchstens die Anfechtbarkeit der anderen Verfügung gemäß § 2078 Abs. 2 B.G.B.

45) R.G.Kom. S. 321; Loewenwald S. 59; Planck S. 698; Meyer S. 43.
46) Gemeinrechtlich wurde vielfach das Gegenteil angenommen, z. B. Windscheid-Kipp Bd. III § 568 Anm. 5; vgl. dagegen Hartmann S. 137 ff.; Fischer a. a. O. S. 83 ff.
47) Planck § 2270 Anm. 3 b; Mattes S. 31; Meyer S. 44; Cosack § 360 unter IV 2 c.
48) R.G.Z. 116, 84; Warn. Rechtspr. 1913 Nr. 247; Meyer S. 45; Kretzschmar S. 317.

nach sich, nicht aber hat sie kraft Gesetzes die gleiche Wirkung wie der Widerruf, es müßte denn sein, daß sie als durch Verwirklichung der erledigten Verfügung bedingt zu gelten hat.[49]

Falls eine von mehreren Verfügungen, die nur mit einer Verfügung des anderen Teils in gegenseitigem Abhängigkeitsverhältnis steht, widerrufen wird, so bewirkt die nach § 2270 Abs. 1 B.G.B. eintretende Nichtigkeit der Verfügung des anderen Teils ihrerseits nicht wiederum die Unwirksamkeit der übrigen wechselbezüglichen Verfügungen des Widerrufenden, es sei denn, daß § 2085 B.G.B. anzuwenden sei. Diese Hinfälligkeit ist aber keine Hinfälligkeit im Sinne der Vorschrift des § 2270 Abs. 1 B.G.B. Auch würde das Unwirksamwerden der übrigen Verfügungen des Widerrufenden gegen dessen Willen sein. Denn daraus, daß er nur eine der mehreren wechselbezüglichen Verfügungen widerrufen hat, ist eben zu folgern, daß er die anderen bestehen lassen will.[50]

Bei nur einseitiger Wechselbezüglichkeit der Verfügungen übt der Widerruf der einseitig abhängigen Verfügungen die Wirkung des § 2270 B.G.B. nicht aus, da der andere Ehegatte seine Verfügungen unabhängig von jener getroffen hat. Ebensowenig hat der Widerruf der nicht abhängigen Verfügung diese Wirkung auf die einseitige abhängige, da bei einseitiger Abhängigkeit der Verfügungen, wie oben dargelegt, Wechselbezüglichkeit im Sinne des Gesetzes gar nicht vorliegt. Die einseitige Abhängigkeit ist auch insofern nicht von Bedeutung, als der einseitig abhängig verfügende Teil bei Widerruf des anderen Teils wegen Irrtums im Beweggrunde seine Verfügung anfechten könnte, da bei Lebzeiten der Eheleute nicht diesen, sondern nur Dritten das Anfechtungsrecht nach § 2078 Abs. 2 B.G.B. zusteht.[51]

Da gemäß § 2270 Abs. 3 B.G.B. nur gegenseitig abhängige Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen als wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des Gesetzes zu gelten haben, so tritt die Wirkung der Wechselbezüglichkeit auch nur bei ihnen ein. Sind andere z. B. familienrechtliche Verfügungen von einander abhängig gemacht, so bewirkt die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen nicht die Unwirksamkeit der anderen Verfügung, es müßte denn sein, daß die Ehegatten das Gegenteil bestimmt haben. Die Wirkungen des § 2270 Abs. 1 B.G.B. kann bei solchen Verfügungen auch da-

49) R.G.Kom. S. 321; Strohal § 43 a Anm. 31, Planck § 2270 Anm. 3 a; Meyer S. 44 Anm. 13; Herzfelder Bem. II zu §§ 2270/71 Kipp § 28 Nr. III. And. Ans. Dernburg §§ 93 unter IV 4.

50) Meyer S. 44; Planck § 2270 Bem. 3 b; Cosack § 360 unter IV, 4; Herzfelder §§ 2270/71 Bem. II.

51) And. Ans. Strohal § 43 Anm. 9.

durch erzielt werden, daß die beiderseitigen Verfügungen in der Weise bedingt werden, daß jede Verfügung nur dann gelten soll, wenn die entsprechende andere Verfügung nicht nichtig ist oder widerrufen wird. Es ist hierbei aber zu bedenken, daß die Hinfälligkeit der Verfügungen dann nicht die Folge der Wechselbezüglichkeit, sondern des Ausfalls der Bedingung ist.

Die Frage, welche Wirkung der teilweise Widerruf und die einseitige Abänderung einer wechselbezüglichen Verfügung auf die entsprechende des anderen Ehegatten ausübt, wurde im gemeinen Recht[52] und wird jetzt noch mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung[53] verschieden beantwortet. Brütt,[54] Mattes,[55] Loewenwald[56] lassen durch einen solchen Widerruf die Verfügung des anderen Ehegatten unwirksam werden. Mattes verlangt nicht nur in der Form, sondern auch in der Wirkung die völlige Gleichstellung des partiellen Widerrufs mit dem totalen, da das Gesetz in § 2270 Abs. 1 B.G.B. nur vom Widerruf schlechthin spreche, worunter auch offenbar der partielle falle. Auf einem anderen Standpunkt steht die herrschende Ansicht. Nach ihr ist die Frage lediglich nach dem zu ermittelnden Willen des Erblassers zu entscheiden.[57] Die Unwirksamkeit der anderen Verfügung tritt nur ein, wenn anzunehmen ist, daß diese nicht auch ohne jenen Teil getroffen sein würde, daß eben die wechselbezügliche Verfügung von dem anderen Ehegatten nicht auch getroffen worden wäre, falls die teilweise widerrufene Verfügung von Anfang an den beschränkten Inhalt gehabt hätte, wie sie ihn nach dem Widerruf hat. Denn ein teilweiser Widerruf ist kein Widerruf der Verfügung im ganzen, sondern nur eines Teiles derselben. Wenn aber dieser Teil nicht wesentlich für das wechselbezügliche Verhältnis zur anderen Verfügung ist, so kann ein solcher Widerruf auch letztere nicht unwirksam machen. Dies ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, doch kann es aus dem gesetzlich bestimmten Begriff der Wechselbezüglichkeit gefolgert werden. Es ist also immer Frage des einzelnen Falles, inwieweit ein teilweiser Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Die Beweislast trifft selbstverständlich den, der das Wirksambleiben der Verfügung des anderen Ehegatten trotz partiellen Widerrufs des anderen behauptet. Gewiß ist diese Auffassung nicht so praktisch, als wenn man

52) vgl. Fischer a. a. O. S. 80 ff. und Hartmann S. 140 ff.
53) vgl. dagegen die ausdrückl. gesetzl. Regelung in A.L.R. II, 1 § 487/488.
54) Brütt S. 389.
55) Mattes S. 32.
56) Loewenwald S. 56
57) Planck zu § 2270 Anm. 3 c; Herzfelder zu §§ 2270/71 Bem. II; Kretzschmar, S. 317; R.G.Kom., S. 321.

den teilweisen Widerruf dem totalen völlig gleichstellt, wie Mattes es tut. Man wird aber, wenn man in dieser Weise vorsichtig zu Werke geht, gewiß öfter dem wirklichen Willen der Erblasser gerecht, als wenn man mit jedem teilweisen Widerruf der einen Verfügung, mag er in seiner Tragweite von noch so geringer Bedeutung sein, den Zusammenfall der anderen Verfügung eintreten lassen will.

V. Aufhebung wechselbezüglicher Verfügungen nach dem Tode eines Ehegatten.

1. Gebundenheit des überlebenden Ehegatten (§ 2271 Abs. 2 Halbs. 1 B.G.B.).

Das Recht zum Widerruf erlischt gemäß § 2271 Abs. 2 Halbs. 1 B.G.B. mit dem Tode des anderen Ehegatten. Der überlebende Ehegatte ist an die im gemeinschaftlichen Testament von dem erstverstorbenen Ehegatten wie von ihm selbst getroffenen Verfügungen von diesem Zeitpunkt an gebunden. Mit dem Eintritt der Gebundenheit verliert der überlebende Ehegatte die Möglichkeit, soweit die wechselbezüglichen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments entgegenstehen, außer im Rahmen des § 2271 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 überhaupt wirksame Verfügungen von Todes wegen zu treffen.

Daraus nun, daß das Widerrufsrecht des überlebenden Ehegatten mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt, haben einige Schriftsteller[1] folgern wollen, daß die wechselbezüglichen Verfügungen durch den Eintritt der Gebundenheit ihren Charakter als letztwillige Verfügungen verlieren und für den überlebenden Ehegatten einen vertragsartigen Charakter erhielten. Bei der rechtlichen Bedeutung der Gebundenheit des überlebenden Ehegatten darf aber u. E. nicht übersehen werden, daß das gemeinschaftliche Testament, wie schon oben betont, unter dem Oberbegriff „Testament" im 3. Abschnitt des Erbrechts geregelt und dadurch die Begriffs- und Wesensverschiedenheit von den im 4. Abschnitt geregelten vertragsmäßigen Verfügungen von Todeswegen derart kraß zum Ausdruck gebracht worden ist, so daß es einer völligen Verkennung des Begriffes „Testament" gleichkommt, wollte man mit dem Erlöschen des Widerrufsrechtes dem wechselbezüglichen Testament Ver-

1) Loewenwald S 43. Strohal § 43 a, 4 b; Im gemeinen Recht bereits gelangte die Unwiderruflichkeit durch Gewohnheitsrecht zur Anerkennung. R.G.Z. 27, 148; vgl. auch die verschiedenen Konstruktionsversuche: Mühlenbruch in Glück, Pandektenkommentar Bd. 38 S. 238 und R.G. in Seuf.A. 37, 231 hielten die Bindung für einen Quasikontrakt; Brinz § 370 nimmt eine fideikommissarische Bindung an; Windscheid § 586; A. 7 hielt die Unwiderruflichkeit für unkonstruierbar; R.G.Z. 31, 283 hatte den Widerruf dagegen auch noch nach dem Tode des einen Ehegatten für das Preußische Recht für zulässig erklärt.

tragscharakter beilegen. Es ist daran festzuhalten, daß die wechselbezüglichen Verfügungen auch nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten „letztwillige“ Verfügungen bleiben. Der Ausschluß des Widerrufsrechts findet nur in dem Wesen der Wechselbezüglichkeit allein eine Erklärung, ohne daß man gezwungen ist, dem wechselbezüglichen Testament seinen Charakter als letztwillige Verfügung zu nehmen und ihm einen vertraglichen oder vertragsähnlichen aufzudrücken. Der verstorbene Ehegatte hat seine wechselbezüglichen Verfügungen mit Rücksicht auf die von dem überlebenden Ehegatten errichteten Verfügungen getroffen und muß daher die Gewißheit haben, daß mit dem Augenblicke, wo er seine Verfügungen nicht mehr widerrufen kann und deren Wirkungen eintreten, auch die Verfügungen des überlebenden Ehegatten unabänderlich sind. Der Ausschluß des Widerrufsrechts ist auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzuführen und aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit geboten.[2]

Nach herrschender Meinung wird der überlebende Ehegatte an die von ihm getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen schon mit dem Tode des anderen Ehegatten gebunden,[3] nicht erst, wie in den meisten bisherigen Rechten angenommen wurde, mit der Annahme der ihm gemachten Zuwendung.[4] Die gegenteilige Ansicht Strohals[5] ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. In Abs. 2 Satz 1 des § 2271 B.G.B. ist so deutlich wie nur möglich ausgesprochen, daß die Bindung des Ueberlebenden schon mit dem Tode des anderen Ehegatten eintritt und nur bis zur Annahme der Zuwendung noch unter der auflösenden Rechtsbedingung der Nichtausschlagung steht.[6] Diese Auffassung ist bei einem Erbrecht, das für die Erbschaft wie für das Vermächtnis den Grundsatz des ipso iure-Erwerbs hat und so wegen § 1922 B.G.B. von einem „Antritt“ der Erbschaft nicht mehr die Rede sein kann, auch innerlich begründeter, als die von Strohal vertretene.[7]

Die Bindung erstreckt sich nicht nur auf das dem Ueberlebenden von dem anderen Ehegatten hinterlassene, sondern auch auf dessen eigenes Vermögen mit Einschluß des künftigen, d. h. desjenigen, das er erst nach dem Tode des anderen Ehegatten erwirbt. Denn das Gesetz macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied.[8] Die

2) Frommhold Anm. 2 c zu § 2271; Wilke zu § 2271.
3) Planck Bem. III zu § 2271; Warneyer § 2271, II; Endemann § 45 Anm. 19; Meyer S. 51; Frommhold Anm. 2 c zu § 2271; Hellwig S, 648; Mattes S. 49; Herzfelder Anm. III B 1 zu § 2270/71; Goldmann S. 90 f. Kretzschmar S. 322.
4) A.L.R. II, 1, § 492 und gem. Recht R.G.Z. 6, 174; 41, 169.
5) Strohal § 43 a Anm. 28.
6) Mattes S. 49; Kagermann S. 26.
7) Herzfelder III B zu 1 §§ 2270/71; Meyer S. 51 AnAm. 10, R.G.Kom. S. 325.
8) Herzfelder Bem. III, 1. Warneyer § 2271 B II. R.G.J.W. 1915, S. 1121.

im Leben und auch in der Wissenschaft vertretene Auffassung, daß sich die Bindung nur auf das gegenwärtige, bei dem Tode des anderen Ehegatten vorhandene Vermögen beziehe, läßt die Tatsache außer Erwägung, daß die wechselbezüglichen Verfügungen des überlebenden Ehegatten erst mit dessen Tode wirksam werden und daher die Bindung des überlebenden Ehegatten notwendig dessen gesamtes und zukünftiges Vermögen ergreift.[9]

Der in § 2271 Abs. 2 Halbs. 1 ausgesprochene Grundsatz der Gebundenheit ist nur dispositiver Natur. Dem überlebenden Ehegatten kann daher in dem gemeinschaftlichen Testamente schlechthin oder für einen bestimmten Fall, z. B. für den Fall seiner Wiederverheiratung, die Befugnis eingeräumt werden, seine eigenen, den Charakter der Wechselbezüglichkeit tragenden Verfügungen noch nach dem Tode des zuerstverstorbenen Ehegatten (formell oder sachlich, ganz oder teilweise) zu widerrufen;[10] auch ein derartiger Widerruf zieht nach § 2270 B.G.B. die Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügungen des zuerstverstorbenen Ehegatten nach sich.[11] Die Wirksamkeit von Abänderungen, die der überlebende Ehegatte nicht an seinen eigenen Verfügungen, sondern auf Grund einer Ermächtigung des anderen Ehegatten an dessen Verfügungen vornimmt, richtet sich nach § 2271 Abs. 2, sie hängt ausschließlich davon ab, ob und inwieweit eine Ermächtigung zu solchen Abänderungen mit § 2065 B.G.B. vereinbart ist.[12]

Die Vereinbarung einer größeren als der gesetzlichen Bindung muß als unzulässig und damit als unwirksam erachtet werden; die im Gesetz normierte Bindung stellt schon die größtmögliche im Testament zulässige Bindung dar.

2. Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 B.G.B.).

Der überlebende Ehegatte wird von der Gebundenheit frei und kann seine Verfügungen aufheben, wenn er das ihm Zugewendete, d. h. das ihm durch die wechselbezüglichen Verfügungen des verstorbenen Zugewendete ausschlägt.[13] Um an das gemeinschaftliche Testament nicht mehr gebunden zu sein, muß der überlebende Ehegatte also zweierlei tun, das ihm Zugewendete ausschlagen **und**

9) Endemann zu § 45 Anm. 21; Planck § 2271 Anm. 3; Meyer S. 51, Anm. 43; Kretzschmar S. 321.

10) Herzfelder zu §§ 2270/71 B IV. Warneyer § 2271 B. III. Maerker S. 374.

11) R.G. Seuf.A. 76 Nr. 163, sowie Recht 1923 Nr. 54; Seuf.A. 78 Nr. 145; K.G.J,Rdsch, 1925, Nr. 1640.

12) R.G.J.~. 1925, 2121, 11.

13) entsprechend der Vorschrift des § 2298 Abs. 2 S. 3 B.G.B

seine Verfügungen aufheben. Die bloße Ausschlagung würde das Testament noch nicht hinfällig machen.[14]

Die Ausschlagung hat in gehöriger Form und Frist zu erfolgen. Sie ist unwiderruflich,[15] sobald die Erklärung wirksam geworden ist. Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1945 Abs. 1 B.G.B.) Als Nachlaßgerichte kommen gemäß § 72 F.G.G. die Amtsgerichte, aber auch nichtgerichtliche Behörden (Art. 147 E.G. B.G.B., § 194, 195 F.G.G.) in Betracht. Der Wohnsitz, bzw. letzte Aufenthalt des verstorbenen Ehegatten zur Zeit des Todes ist für die örtliche Zuständigkeit maßgebend. Für die öffentliche Beglaubigung der Ausschlagungserklärung gelten die §§ 129 B.G.B. und 167 F.G.G., für das Wirksamwerden nicht § 7 F.G.G., sondern die §§ 130 ff. B.G.B. Die Ausschlagung kann auch durch einen Bevollmächtigten erklärt werden (§ 1945 Abs. 2 B.G.B.) Die Bevollmächtigung muß aber die ausdrückliche Befugnis zur Ausschlagung enthalten und bedarf der öffentlichen Beglaubigung. Die Ausschlagung kann nur binnen sechs Wochen gemäß § 1944 B.G.B. erfolgen, mit dem Ablauf der Frist gilt die Erbschaft als angenommen (§ 1943 B.G.B.). Die Ausschlagung eines Vermächtnisses erfolgt gemäß § 2180 B.G.B. gegenüber dem Beschwerten und formlos. Eine Frist zur Ausschlagung ist nicht gegeben. Ist der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so nimmt der gesetzliche Vertreter die Erklärung vor. Dies ist von praktischer Bedeutung, wenn der überlebende Ehegatte zur Zeit des Todes des anderen Ehegatten geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist — man denke vornehmlich an den Fall der Minderjährigkeit der überlebenden Witwe — und der gesetzliche Vertreter die Ausschlagungsfrist versäumt hat.[16] Die in der Versäumung der Ausschlagungsfrist liegende Annahmeerklärung kann ebenso wie die Ausschlagung selbst wegen Willensmängel gemäß § 1956 B.G.B. angefochten werden. Die Frist und Form der Anfechtung ist in den §§ 1954, 1955 B.G.B., die Wirkung in § 1957 B.G.B. geregelt.

Voraussetzung für die Ausschlagung ist der Umstand, daß der überlebende Ehegatte im gemeinschaftlichen Testament vom zuerst verstorbenen Ehegatten als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht ist. Dem ist der Fall gleichzusetzen, daß beide Ehegatten nur an Dritte Zuwendungen gemacht, im Verhältnis zu einander der gesetz-

14) Planck zu § 2271 Anm. V. Herzfelder zu §§ 2270/71 Bem. III B zu 1. Warneyer zu § 2271 Bem. III; K.G.J.4 8. 199,
15) Prot. Bd. V S. 630.

lichen Erbfolge aber freien Lauf gelassen haben.[17] In diesem Fall befreit sich der Ueberlebende durch Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils. Sind solche Zuwendungen zugunsten des überlebenden Ehegatten nicht vorhanden, sei es, daß die Verfügung des verstorbenen Ehegatten lediglich eine Zuwendung an den Dritten, sei es, daß sie eine Auflage enthält, so entfällt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift.

Empfängt aber der überlebende Ehegatte überhaupt nichts, hatte er sich aber trotzdem wechselbezüglich gebunden, so kann er nichts ausschlagen und deshalb das gemeinschaftliche Testament auch nicht wirksam aufheben.[18] Cosack[19] vertritt jedoch dieser herrschenden Meinung entgegen die Ansicht, der überlebende Ehegatte brauche überhaupt nicht auszuschlagen, sei also zur Aufhebung des Testaments ohne weiteres befugt, wenn der vorverstorbene Ehegatte ihm in dem gemeinschaftlichen Testament gar nichts zugewendet habe. Ferner ist auch die Meinung, daß der überlebende Ehegatte seine Verfügungen aufheben könne, wenn der Dritte die ihm von dem anderen Ehegatten gemachte Zuwendung ausschlage, mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.[20] Anders verhält es sich freilich, wenn nicht eine bloße Wechselbezüglichkeit, sondern eine gegenseitige Bedingtheit der von den Ehegatten getroffenen Verfügungen vorliegt und diese sich auf den Nichteintritt einer durch Ausschlagung seitens des bedachten Dritten herbeigeführten Unwirksamkeit erstreckt. Denn da in diesem Falle die so herbeigeführte Unwirksamkeit der Verfügung des verstorbenen Ehegatten die Unwirksamkeit der Verfügung des überlebenden Ehegatten nach sich zieht, so ist dieser an seine Verfügung nicht mehr gebunden.

Der überlebende Ehegatte braucht nur auszuschlagen, was ihm durch die wechselbezügliche Verfügung des verstorbenen Ehegatten zugewendet ist, nicht auch eine Zuwendung, die ihm von jenem durch eine andere Verfügung von Todes wegen, also zwar in dem gemeinschaftlichen Testamente, aber nicht durch eine wechselbezügliche Verfügung oder überhaupt nicht in dem gemeinschaftlichen Testamente, sondern in einem Einzeltestament oder Vertrag gemacht ist.[21] Es drücken sich daher Planck[22] und Cosack[23] ungenau aus, wenn sie

16) Mot. Bd. 5 S. 256; Meyer S. 55; Planck Anm. IV 1 d 3. § 2271; Mattes S. 56; Strohal § 43 a Anm. 23.
17) Planck Anm. IV 1 b zu § 2270, Strohal § 43 a, Anm. 36; Herzfelder Anm. III B. zu 1, zu § 2270/71; Zetzsche S. 66 ff.; R.G.Kom. S. 323.
18) R.G.Kom. S, 323; Maerker S 372 Warneyer § 2271 Bem. III.
19) Cosack S. 752.
20) Meyer S. 54; Planck IV 1 b zu § 2271; Strohal § 43 a Anm. 31; Herzfelder Anm. III B 1 zu §§ 2270/71. Entgegenges. Meinung: Hellwig S. 648 f.; Dernburg § 93 VI, 4; Mattes S. 56; Zetzsche S. 66; Frommhold zu § 2298.
21) Mattes S. 56 ff.; Zetzsche S. 66 Meyer S. 56.
22) Planck Anm. IV 1 b zu § 2271.

sagen, der überlebende Ehegatte müsse ausschlagen, was ihm in dem gemeinschaftlichen Testamente zugewendet sei.

Nur was dem überlebenden Ehegatten selber durch eine wechselbezügliche Verfügung zugewendet ist, braucht ausgeschlagen zu werden, nicht auch eine wechselbezügliche Verfügung des verstorbenen Ehegatten zugunsten eines Dritten und zwar ohne Unterschied, ob die Zuwendung an den Dritten im Verhältnis zu der Zuwendung an den überlebenden Ehegatten von wesentlicher oder unwesentlicher Bedeutung ist.[24] Teilweise anderer Ansicht ist Strohal,[25] der die Entscheidung abhängig macht von der Frage des Verhältnisses der zugunsten des Ueberlebenden getroffenen Verfügung zu der, die zugunsten des Dritten getroffen ist. Ergibt sich nun bei dem Tode des überlebenden Ehegatten, daß dieser von dem Rechte, seine Verfügungen durch Ausschlagung des ihm Zugwendeten aufzuheben, Gebrauch gemacht hat, so hat dies dieselbe Wirkung, wie wenn er seine Verfügung bei Lebzeiten des anderen Ehegatten widerrufen hätte, d. h. die wechselbezügliche Zuwendung des verstorbenen Ehegatten an den Dritten wird gemäß § 2270 Abs. 1 vom Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehegatten an nach rückwärts unwirksam. Die wesentlich abweichende Meinung Plancks,[26] daß die wechselbezügliche Zuwendung des verstorbenen Ehegatten an den Dritten sofort mit der Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung des überlebenden Ehegatten unwirksam werde, verkennt, wie Strohal[27] mit Recht bemerkt, daß die Aufhebung anders als der Widerruf bei Lebzeiten beider Ehegatten nach § 2271 Abs. 1 zunächst ein internum bildet und deshalb nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit der Zuwendung des verstorbenen Ehegatten an den Dritten zur Folge haben kann.

Da der überlebende Ehegatte auch nach der Ausschlagung des ihm vom verstorbenen Ehegatten Zugewendeten noch nach der gesetzlichen Erbfolge den verstorbenen Ehegatten beerbt, so entsteht die Frage, ob er auch das noch ausschlagen muß, was ihm gesetzlich aus dessen Nachlaß zukommt. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Der gesetzliche Erbteil ist keine Zuwendung des Verstorbenen im Sinne des § 2271 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., denn der Ueberlebende erlangt bei der gesetzlichen Erbfolge den Vorteil nicht auf Grund eines freiwilligen Aktes des Verstorbenen als testamentarische Zuwendung,

23) Cosack § 360 IV 2 a.
24) Planck IV 1 b zu § 2271; Meyer S. 56, Anm. 56.
25) Strohal § 43 a Anm. 33.
26) Planck Anm. IV 1 b zu § 2271.
27) Strohal § 43 a. N. 34.

sondern auf Grund gesetzlicher Bestimmung.[28] Eine Einschränkung hat jedoch dieser Grundsatz dann zu erleiden, wenn das Belassen bei der gesetzlichen Erbfolge und die Zuwendung des anderen Teils im wechselbezüglichen Verhältnis stehen, wenn also durch den Inhalt des Testaments der Wille des Verstorbenen sich erkennbar gemacht hat, daß er es bei der gesetzlichen Erbfolge des Ueberlebenden nur deshalb belassen hat, weil dieser auch zu seinen Gunsten oder zugunsten eines ihm nahestehenden Dritten verfügt hat. In diesem Falle erfordert der Zweck des Gesetzes, daß der Ueberlebende zur Wiedererlangung seines Aufhebungsrechts auch dasjenige ausschlägt, was er auf Grund des Gesetzes erbt.[29]

Die Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung kann in den gewöhnlichen Widerrufsformen der §§ 2254, 2255, 2258 B.G.B. und durch Erbvertrag § 2289 B.G.B. erfolgen. Der Widerruf gemäß § 2256 B.G.B. ist unmöglich. Cosack[30] vertritt die Ansicht, die Aufhebung sei nur durch ein neues Testament abweichenden Inhalts (§ 2258 B.G.B.) möglich. Das Wort „aufheben" ist jedoch hier in dem weiteren Sinne gebraucht als in der Ueberschrift des siebenten Titels und im § 2255 B.G.B. Es ist daher auch seine gezogene Folgerung unzutreffend, daß zur Aufhebung von wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode eines Ehegatten die nur negative Testierfähigkeit des Ueberlebenden (§ 2253 Abs. 2 B.G.B.) nicht genüge.[31] Ausgenommen den Fall des § 2253 Abs. 3 setzt die Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung Testierfähigkeit des Ueberlebenden voraus, sie ist also ausgeschlossen, wenn er geschäftsunfähig wird.

Die Aufhebung der Verfügung kann nicht erst erfolgen, nachdem die Zuwendung ausgeschlagen ist, sondern schon vorher, da das Gesetz es nicht erfordert, daß die Ausschlagung der Aufhebung vorangehe. Dies folgt mit Sicherheit auch daraus, daß die Ausschlagung rückwirkende Kraft hat (§§ 1953, 2180 Abs. 3 B.G.B.).[32] Stirbt jedoch der überlebende Ehegatte, ohne ausgeschlagen zu haben, so ist die vorher erfolgte Aufhebung unwirksam[33] und wird auch nicht wirksam, wenn der Erbe des überlebenden Ehegatten von dem nach §§ 1952 Abs. 1, 2180 Abs. 3 B.G.B. auf ihn übergegangenen Aus-

---

28) And.Ans. Strohal S. 342/43, falls der Wert der testamentarischen Zuwendung dem gesetzl. Erbteil gleichkomme, dagegen genüge Ausschlagung der testamentarischen Zuwendung allein, wenn diese erheblich höher sei, als jener.

29) Planck, Anm. IV 1b zu § 2261; Herzfelder zu §§ 2270/71 III B zu 1. Maerker, S. 372.

30) Cosack, § 360, Nr. 4

31) Mattes, S. 62, vergl.

32) Meyer S. 55; Planck IV 1 a zu § 2271 B.G.B.

33) R.G.Z. 95, 214.

schlagungsrechte Gebrauch macht. Dies folgt schon aus den Worten der Vorschrift des § 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2: „wenn **er** das ihm Zugewendete ausschlägt."[34] Die Ausschlagung des Erben kann die Gebundenheit des überlebenden Ehegatten nicht mehr beseitigen, wenn er sein Erbrecht, wie die Regel bildet, selbst erst aus dem wechselbezüglichen Testament herleitet. Denn die Ausschlagung wirkt gemäß §§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3 B.G.B. auf die Zeit des ersten Erbfalls zurück, sein Erbrecht und mithin sein Ausschlagungsrecht hätte als von Anfang an nicht als vorhanden gewesen zu gelten.[35] Fällt dagegen der Nachlaß des Ueberlebenden an seine **gesetzlichen** Erben und schlagen diese die darin einbegriffene Erbschaft des Erstverstorbenen aus, so sind nunmehr alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, um die Gebundenheit zu beseitigen.[36] Keineswegs kann jedoch die Ausschlagung durch den in einem neuen widersprechenden Testament eingesetzten Erben diesen Erfolg haben.[37]

3. Aufhebung nach Maßgabe der §§ 2294 und 2336 B.G.B.

Der überlebende Ehegatte ist auch nach Annahme des ihm Zugewendeten und unbeschadet der Wirksamkeit dieser Zuwendung zur Aufhebung seiner Verfügungen nach Maßgabe der §§ 2294, 2336 B.G.B. berechtigt, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den überlebenden Ehegatten zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des überlebenden Ehegatten wäre. In Betracht kommen nur Verfehlungen, die nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten sich ereignen oder bekannt werden; wenn sie aber auch erst später bekannt werden, berechtigen sie jedenfalls dann nicht zur Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügungen, wenn nicht nach deren Errichtung erst der Bedachte sich ihrer schuldig gemacht hat.[38]

Durch die Aufhebung gemäß § 2271 Abs. 2 S. 2 B.G.B. bleibt die Gültigkeit der dem Ueberlebenden selbst gemachten Zuwendungen natürlich unberührt.[39] Auf Grund dieser Bestimmung kann der überlebende Ehegatte nur seine, nicht auch eine etwaige Zuwendung des

34) Mattes S. 55; Goldmann S. 91; Warneyer § 2271; Bem. 3; Meyer S. 55 Anm. 53; Herzfelder Anm. III B 1 zu §§ 2270/71; Wilke Anm. 4 zu § 2271; Endemann § 63 VII c; Planck IV 1 a zu § 2271; Kretzschmar S. 322. Anderer Ansicht: Strohal § 43 a Anm. 28, dessen Ausführungen, nur de lege ferenda beachtenswert sind und Leonhard Bem. III, A. zu 2271.

35) Warneyer § 2271 Bem. III; R.G.Kom. S. 324.

36) z. T. a. M. Planck IV 1 a z. § 2271; Strohal § 43 a Anm. 28 ff.

37) R.G.Z. 95 S. 214 ff.

38) Herzfelder §§ 2270/71 III B zu 1.

39) R.G.Kom. S. 324 Anm. 5. Mattes S. 62.

verstorbenen Ehegatten an den Dritten aufheben.[40] Es macht jedoch keinen Unterschied, ob die aufzuhebende Verfügung von dem überlebenden Ehegatten allein oder als Gesamtverfügung im Sinne des § 2269 B.G.B. von ihm und dem verstorbenen Ehegatten gemeinsam getroffen ist.[41]

Die Aufhebung kann sowohl in allen Formen des Testaments wie auch als einseitige Verfügung in einem Erbvertrag erfolgen.[42] (§§ 2336 Abs. 1, 2299 Abs. 1 B.G.B.

Die Gründe, die den überlebenden Ehegatten zur Entziehung des Pflichtteils und damit zur Aufhebung seiner Verfügung berechtigen, bestimmen sich, wenn der Bedachte ein Abkömmling des überlebenden Ehegatten, oder, falls nicht pflichtteilsberechtigt, einem solchen gleichgestellt ist, nach § 2333 B.G.B., wenn der Bedachte der Vater oder die Mutter ist, nach § 2334 B.G.B., und wenn der Bedachte der zweite Ehegatte des überlebenden Ehegatten ist, nach § 2335 B.G.B.

Das Gesetz spricht ausdrücklich nur von den Verfehlungen, deren sich der eingesetzte Erbe dem Ueberlebenden gegenüber schuldig gemacht hat. Da aber der Erblasser auch durch die Angriffe, die gegen seinen Ehegatten gerichtet sind, persönlich mitbetroffen wird, darf der Ueberlebende auch dann seine eigenen und mit diesen die wechselbezüglichen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten aufheben, wenn der gemeinsam bedachte Dritte etwa dem Erstverstorbenen nach dem Leben getrachtet hat. Dies folgt aus § 2333 No. 1—3 B.G.B.

Ist die Aufhebung gemäß § 2333 No. 5 B.G.B. erfolgt, weil der Bedachte einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt, so ist die Aufhebung gemäß § 2336 Abs. 3 B.G.B. unwirksam, wenn sich der Bedachte zur Zeit des Erbfalls, d. i. zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten, von diesem Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

Das Recht zur Aufhebung erlischt durch Verzeihung, und die bereits erfolgte Aufhebung wird durch Verzeihung unwirksam (§ 2337 B.G.B.). Allerdings ist diese Gesetzesbestimmung im § 2271 Abs. 2 S. 2 B.G.B. nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt, doch ergibt sich die Anwendbarkeit daraus, daß dem überlebenden Ehegatten das Recht zur Aufhebung seiner Verfügung nach § 2271 Abs. 2 S. 2 B.G.B. nur zusteht, wenn er zur Entziehung des Pflichtteils berech-

40) R.G.Kom. S. 324 Anm. 5; Kretzschmar J.D.R. S. 12; Maerker S. 374.

41) Planck zu § 2271, IV, 2; Strohal § 43 a Anm. 38; Meyer S. 57 Anm. 58. And. Ansicht: Endemann S. 196; Loewenwald S. 49/51.

42) R.G.Kom. S. 376 Anm. 1; Herzfelder S. 989 Anm. 3; Warneyer zu § 2336.

tigt ist, und daß hierfür die Voraussetzung fehlt, wenn er dem Bedachten die Verfehlung verziehen hat.[43] Ebenso kann der überlebende Ehegatte die Verfügung überhaupt nicht aufheben, wenn die Verfehlung ihm bereits bei Errichtung des wechselbezüglichen Testaments bekannt war. Denn in dem Umstand, daß er ihn trotzdem bedacht hat, liegt in der Regel eine Verzeihung.[44]

4. Die Enterbung in guter Absicht (§ 2271 Abs. 3 B.G.B.).

In § 2271 Abs. 3 B.G.B. ist der Fall besonders geregelt, daß ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der beiden Ehegatten oder eines derselben bedacht ist und dieser Abkömmling sich in solchem Maße der Verschwendung ergeben hat oder in solchem Maße verschuldet ist, daß sein späterer Erwerb gefährdet wird. In diesem Falle kann der Erblasser nach Maßgabe der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 2289 Abs. 2 B.G.B. bei Lebzeiten als auch nach dem Tode des anderen Ehegatten[45] die nach § 2338 B.G.B. zu dem Zwecke der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht zulässigen Anordnungen treffen.[46] Die wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten werden dadurch nicht berührt.[47] Der überlebende Ehegatte kann aber nur seine Verfügung, nicht auch die etwaige Zuwendung des verstorbenen Ehegatten, an den Dritten auf Grund der in Frage stehenden Vorschrift in dieser Weise abändern.[48] Die Anordnungen nach § 2338 B.G.B. wollen die Zuwendung dem Bedachten nicht entziehen, sondern nur sichern; sie sind Maßnahmen zum Schutze des verschwenderischen oder überschuldeten Abkömmlings.[49] Die Anordnungen nach § 2338 B.G.B., die für sich allein und in Verbindung miteinander getroffen werden können, bestehen darin, daß der Erblasser die dem Abkömmling gemachte Zuwendung durch die Bestimmung beschränkt, daß auch nach dem Tode dessen gesetzliche Erben das Zugewendete als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen und darin, daß er für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung des Zugewendeten einem Testamentsvollstrecker überträgt, so daß der Abkömmling nur Anspruch auf den jährlichen Reinertrag hat. Im übrigen finden auf

---

43) Mattes S. 61; Meyer S. 51.
44) Mattes S. 61.
45) vgl. hierzu Leonhard IV B zu § 2271, welcher die Vorschrift des Abs. 3 wie des Abs. 2 des § 2271 B.G.B. nur auf die Zeit nach dem Tode eines Ehegatten angewendet wissen will.
46) O.L.G. Bd. 21 S. 340 ff.; Warneyer § 2271, I; R.G.Kom, S, 324, Anm, 6,
47) R.G.Kom. S. 324, Anm. 6; Herzfelder III B 3 zu §§ 2270/71; Meyer S. 58; Warneyer § 2271, 1.
48) Maerker S. 374.
49) Denkschrift S. 455.

Anordnungen dieser Art gemäß § 2338 Abs. 2 S. 1 die Vorschriften des § 2336 Abs. 1—3 B.G.B. entsprechende Anwendung. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn zur Zeit des Anfalls des Zugewendeten der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Verschuldung nicht mehr besteht (§ 2338 Abs. 2 S. 2 B.G.B.).

5. Befreiung der Gebundenheit durch Wegfall des Bedachten.

Die Bindung des überlebenden Ehegatten fällt schließlich fort, ohne daß die Verfügung des verstorbenen Ehegatten dadurch berührt wird, wenn seine wechselbezügliche Verfügung durch Tod, Verzicht oder Ausschlagung des Bedachten und Ersatzbedachten gegenstandslos wird. In diesem Fall ist ein späteres Testament des überlebenden Ehegatten wirksam.[50]

VI. Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten nach Analogie des § 2281 B.G.B.

Im Anschluß an die in den vorangegangenen Abschnitten gemachten Ausführungen über den Eintritt der Gebundenheit mit dem Tode des einen Ehegatten fragt es sich nun, ob der überlebende Ehegatte nur dann von der Gebundenheit befreit wird, wenn die Voraussetzungen des § 2271 Abs. 2 Halbs. 2 und Satz 3 B.G.B. gegeben sind oder, ob er veränderten, nach Eintritt der Gebundenheit sich ergebenden Verhältnissen dadurch Rechnung tragen kann, daß er in analoger Anwendung des § 2281 B.G.B. seine Verfügungen anficht. Ein selbständiges Anfechtungsrecht des Erblassers ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorgesehen. Ein solches wäre auch völlig überflüssig, da der Erblasser selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 2078, 2079 B.G.B. ohne weiteres seine Verfügungen aufheben kann.

Ganz anders verhält es sich dagegen bei einem wechselbezüglichen Testament. Hier ist der überlebende Ehegatte selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 2078/79 B.G.B. z. B. im Falle der Wiederverheiratung an seine im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen fest gebunden. Er kann also das gemein=

50) Planck IV 3 c zu § 2271; Meyer S. 58; Strohal § 43 a unter II 4 b; Mattes S. 60; Jetzsche S. 44, 72; Herzfelder Anm. IV zu § 2270/71; R.G.Kom. S. 323; Warneyer E. 1918 Nr. 124.

schaftliche Testament nicht mehr widerrufen und z. B. zugunsten seines zweiten Ehegatten keine Verfügungen mehr treffen. Dieser zweite Ehegatte erhält, wenn er seinerseits das gemeinschaftliche Testament anficht, nur den gesetzlichen Erbteil. Man hat nun einen Ausweg gefunden, indem man dem überlebenden Ehegatten die Berechtigung zuspricht, das gemeinschaftliche Testament in analoger Anwendung des § 2281 B.G.B. anzufechten und dadurch ihm die Möglichkeit gibt, veränderten Verhältnissen entsprechende Verfügungen zugunsten des zweiten Ehegatten zu treffen.[1] Man begründet die analoge Anwendung des § 2281 B.G.B. allgemein mit der Aehnlichkeit der Verhältnisse beim wechselbezüglichen Testament mit Eintritt der Gebundenheit und beim Erbvertrage. Es bestände eine gleiche Rechtslage[2] zwischen dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten, der das ihm Zugewendete angenommen hat. Es rechtfertige sich also damit, das beim Erbvertrag ausdrücklich dem Erblasser zugestandene Anfechtungsrecht auch dem überlebenden Ehegatten zuzubilligen, zumal das Gesetz, wenn es eine entsprechende Anwendung des § 2291 B.G.B. beim wechselbezüglichen Testament nicht ausdrücklich bestimmt, hierin eine offensichtliche Lücke aufweist, die der Ergänzung durch die Rechtsprechung bedürfe.[3] Erbvertrag und das wechselbezügliche Testament, historisch auf derselben Basis erwachsen, seien schon in der älteren Praxis nicht geschieden sondern übereinstimmend behandelt worden. Ohne Konstruktionswidrigkeit könnten beide Rechtsinstitute keine abweichende Behandlung erfahren; dies rechtfertige, wechselbezügliche Testamente den Erbverträgen analog zu behandeln. Die Wahl des einen oder des anderen hänge oft von zufälligen Umständen ab, vielfach dürfe auf die Benennung kein Gewicht gelegt werden; denn ob ein gemeinschaftliches Testament oder ein Erbvertrag vorliege, komme den Erblassern häufig selbst nicht recht zum Bewußtsein. Der Gesetzgeber habe auch den Erblasser im Falle des § 2271 Abs. 2 B.G.B. nicht stärker binden wollen als im Falle des Erbvertrages. Es würde doch über das Ziel des gemeinschaftlichen Testaments als einer letztwilligen Verfügung hinausschießen, wenn der Testator noch mehr eingeengt würde, als durch eine vertragsmäßige Bindung, die im Prinzip gegenüber jedem Testament ein maius an Bindung

1) Planck § 2271 Bem. IV 3 d und VIII; Herzfelder §§ 2270/71 Bem. V; Strohal § 43 II b, a u. N. 26, § 43 b I I1 u. 2; Hellmann in der Kritischen Vierteljahresschrift Bd. 39, S. 225; Frommhold § 2271 Anm. 4; Dernburg Bd. V, § 921 Bem. V; Endemann Bd. 3 S. 195; Warneyer E. 1918 Nr. 213; Soergel Rspr. 1905, S. 343, L.Z. 1915 Sp. 1306; Recht 1920 Nr. 424.

2) R.G.Z. 87, 98.

3) R.G.Z. 77, 167.

darstelle. Wenn nun schon dieses maius von einer Ausnahme durchbrochen sei, so könne umsoweniger das minus an Bindung, die letztwilligen Verfügungen, über die Grenzen des maius hinauswirken.

Diese Begründung für die analoge Anwendung des § 2281 B.G.B. lehnen die Gegner[4] des Anfechtungsrechts ab, indem sie betonen, daß es falsch sei, die Bindung des überlebenden Ehegatten und die des Vertragserblassers als gleichartige, nämlich als eine vertragliche oder vertragsähnliche anzusehen. Die Bindung des überlebenden Ehegatten trage einen ganz anderen Charakter. Sie entspreche nämlich dem Wesen der Wechselbezüglichkeit und sei damit auf das zwischen den Eheleuten bestehende Treueverhältnis gegründet. Insoweit stimmen wir den Gegnern bei, als sie die Gebundenheit des überlebenden Ehegatten beim wechselbezüglichen Testament nicht als eine vertragsartige ansehen. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum nicht auch bei Zurückführen der Gebundenheit auf das zwischen den Eheleuten bestehende Treueverhältnis es nicht angängig sein sollte, dem gebundenen Ehegatten trotzdem das Anfechtungsrecht zuzubilligen. Der Grund der Gebundenheit des Vertragserblassers und des überlebenden Ehegatten beim wechselbezüglichen Testament ist zwar ein verschiedener, jedoch liegt in den Wirkungen der Gebundenheit keine Verschiedenheit vor, und gerade die gleichen Wirkungen der Gebundenheit können Grund genug dazu sein, auch im Falle des § 2271 Abs. 2 den § 2281 B.G.B. entsprechend Anwendung finden zu lassen.

Ebensowenig berührt die in Frage stehende Gebundenheit das Recht der im § 2080 B.G.B. bezeichneten Personen, die wechselbezüglichen Verfügungen des überlebenden Ehegatten nach dessen Tode auf Grund der §§ 2078/79 B.G.B. anzufechten. Dabei ist jedoch zu beachten, daß auch die dem § 2281 folgenden das Anfechtungsrecht des Vertragserblassers behandelnden Paragraphen analoge Anwendung zu finden haben und damit auch § 2285 B.G.B. Die Jahresfrist für die Anfechtung ist für den Erblasser in § 2283 B.G.B. bestimmt. Die Bestätigung der anfechtbaren Verfügung kann nur durch den Erblasser erfolgen. Nach § 2285 B.G.B. können die im § 2080 B.G.B. bezeichneten Personen, hier also die Pflichtteilsberechtigten, nicht mehr anfechten, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers selbst zur Zeit des Erbfalles durch Fristversäumung oder Bestätigung erloschen ist.[5]

4) Reisler, Recht 1903 S. 501; siehe vor allem die Ausführungen von Mantey in Gruchots Beitr. Bd. 52, S. 384 ff.; Kagermann S. 42 ff.; Penkmayer S. 28 ff.

5) R.G.Z. 77, 165; 87, 95; Warneyer E. 1918 Nr. 213; Recht 1920 Nr. 424; Strohal § 43 a II b; Meyer S. 52; Maerker S. 189; Planck § 2271 IV 3 d; Jetzsche S. 53 ff.

Praktisch wichtig ist besonders das Anfechtungsrecht für den Fall, wo die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament nach § 2269 Abs. 1 B.G.B. unter Einsetzung ihrer gemeinschaftlichen Kinder als Dritterben errichtet haben und nach dem Tode des zuerst verstorbenen Ehegatten pflichtteilsberechtigte Angehörige des überlebenden Ehegatten vorhanden sind, die erst nach diesem Zeitpunkt geboren sind, wie z. B. im oben erwähnten Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten, die Kinder aus zweiter Ehe. Denn hier führt das in analoger Anwendung des § 2281 B.G.B. zugelassene Anfechtungsrecht dazu, daß die wechselbezüglichen Verfügungen des überlebenden Ehegatten von diesem selbst, wie unter der oben bezeichneten Bedingung von dem neuen Pflichtteilsberechtigten nach § 2079 B.G.B. mit der in § 2270 Abs. 1 B.G.B. bestimmten Wirkung angefochten werden können. Durch die Anfechtung wird das ganze wechselbezügliche Testament von Anfang an nichtig, und die zu diesem Zwecke wieder zu trennenden Vermögen der Ehegatten sind nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu teilen.

Wollen jedoch die Ehegatten die mit einer solchen Auseinandersetzung verbundenen Schwierigkeiten vermeiden, so müssen sie in dem gemeinschaftlichen Testament geeignete Vorkehrungen für die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten treffen. Eine solche Vorkehrung ist z. B. die, daß die Ehegatten, statt nach § 2269 B.G.B. zu testieren, dem überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Nachlasses des zuerst versterbenden Ehegatten nur die Stellung eines befreiten Vorerben gewähren und als Fall der Nacherbfolge nicht bloß den Tod, sondern auch die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten bestimmen mit der Maßgabe, daß, wenn dieser Fall eintrete, der Nachlaß des zuerst verstorbenen Ehegatten zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern der ersten Ehe nach dem Verhältnis der gesetzlichen Erbfolge geteilt und der Ueberlebende an seine wechselbezüglichen Verfügungen nicht mehr gebunden sein solle.[6] Eine andere Vorkehrung dieser Art ist die, daß die Ehegatten, um dem Ueberlebenden hinsichtlich des Nachlasses des zuerst Verstorbenen die Stellung eines unbeschränkten Erben zu geben, zwar nach § 2269 Abs. 1 B.G.B. testieren, aber für den Fall der Wiederverheiratung des Ueberlebenden jedem Kinde der ersten Ehe ein sofort zahlbares Vermächtnis in Höhe des Wertes seines gesetz-

6) Maerker S. 189 ff.; Planck Anm. VIII zu § 2271; Meyer S. 52; Dernburg III zu § 93 Anm. 7; vgl. auch das Muster 159 bei Jastrow Teil 2 S. 260 ff.

lichen Anteils an dem Nachlaß des zuerst Versterbenden aussetzen.[7] Daß übrigens in einem Falle dieser Art die neuen Pflichtteilsberechtigten nach dem Tode des überlebenden Ehegatten auch lediglich den Pflichtteilsanspruch gegenüber den in dem gemeinschaftlichen Testament eingesetzten Dritterben geltend machen können, versteht sich von selbst. Ebenso gilt das vorstehend Gesagte auch dann, wenn einem der Ehegatten schon bei Lebzeiten des anderen z. B. durch Legitimation, Annahme an Kindesstatt neue Pflichtteilsberechtigte erwachsen sind.[8]

---

7) vgl. auch das Muster 159 a bei Jastrow Teil 2 S. 260 ff.; Jastrow in der J.d.N. 1906 S. 99 ff.

8) Planck VIII a. E. zu § 2271; Dernburg § 92 unter V.

Lebenslauf.

Am 4. März 1904 wurde ich in Oppeln als Sohn des Volksschullehrers Franz Felke und seiner Ehefrau Maria, geb. Klose, geboren. Nach Besuch der Volksschule in Oppeln trat ich im Jahre 1914 in das humanistische Gymnasium zu Oppeln ein, das ich Ostern 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich 7 Semester Rechtswissenschaften an den Universitäten Breslau und München und bestand am 21. Juli 1927 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht zu Breslau und am 11. Februar 1929 die mündliche Doktorprüfung.

Seit dem 3. September 1927 stehe ich in Oppeln im juristischen Vorbereitungsdienst.